



УНИВЕРЗИТЕТ У НОВОМ САДУ
ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ У НОВОМ САДУ
ДОКТОРСКЕ СТУДИЈЕ ПРИВАТНО ПРАВО

РАСПРАВНО НАЧЕЛО У СРПСКОМ ПАРНИЧНОМ ПОСТУПКУ

ДОКТОРСКА ДИСЕРТАЦИЈА

Ментор: Проф. др Ранко Кеча

Кандидат: Марко Кнежевић

Нови Сад, 2014. године

УНИВЕРЗИТЕТ У НОВОМ САДУ
ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ У НОВОМ САДУ

KLJUČNA DOKUMENTACIJSKA INFORMACIJA

Redni broj: RBR	
Identifikacioni broj: IBR	
Tip dokumentacije: TD	Monografska dokumentacija
Tip zapisa: TZ	Tekstualni štampani materijal
Vrsta rada (dipl., mag., dokt.): VR	Doktorska disertacija
Ime i prezime autora: AU	Marko Knežević
Mentor (titula, ime, prezime, zvanje): MN	Dr Ranko Keča, redovni profesor Pravnog fakulteta u Novom Sadu, Univerzitet u Novom Sadu
Naslov rada: NR	Raspravno načelo u srpskom parničnom postupku
Jezik publikacije: JP	Srpski
Jezik izvoda: JI	srp. / eng.
Zemlja publikovanja: ZP	Republika Srbija
Uže geografsko područje: UGP	Autonomna pokrajina Vojvodina
Godina: GO	2014.
Izdavač: IZ	autorski reprint
Mesto i adresa: MA	Novi Sad, Trg Dositeja Obradovića 1

Fizički opis rada: FO	(29 poglavlja / XLVI + 496 strana / 377 referenci / 1793 fusnota)
Naučna oblast: NO	Građansko-pravna

Naučna disciplina: ND	Građansko procesno pravo
Predmetna odrednica, ključne reči: PO	Načela parničnog postupka, raspravno načelo, odgovornost subjekata postupka za pribavljanje procesnog materijala
UDK	
Čuva se: ČU	Biblioteka Pravnog fakulteta u Novom Sadu, Trg Dositeja Obradovića 1, Novi Sad
Važna napomena: VN	Nema
Izvod: IZ	<p>Učenje o načelima postupka je jedno od karakteristika germanske procesualistike, pod čijim uticajem postaje i neodvojivi deo domaće doktrine. U teoriji se veoma rano se za oblast prikupljanja procesnog materijala formiraju dva antipodna načela – raspravno i istražno. Prvo podrazumeva da su samo stranke ovlašćene da unose procesni materijal, odnosno da su samo one odgovorne za to. Drugo stavlja u dužnost sudu pribavljanje procesnog materijala i prebacuje odgovornost sa stranaka na njega.</p> <p>Od promena u srpskom parničnom postupku koje su usledile 2004. g. tvrdi se da je raspravno načelo afirmisano, a donošenjem Zakona o parničnom postupku iz 2011. g. i da je promenjen koncept parničenja u smislu uloge suda. On je sada pasivan, i gotovo neodgovoran na planu prikupljanja procesnog materijala. Predmet istraživanja u disertaciji je postojanje raspravnog načela u sadašnjem srpskom parničnom postupku.</p> <p>Rezultati istraživanja pokazuju da se ne može govoriti o raspravnom načelu kao važećem u srpskom parničnom postupku. Takav zaključak je, pre svega, uslovljen teoretskim određenjem pojma raspravnog načela i njegovog odnosa prema sudijskoj dužnosti pitanja. Raspravno načelo zaista podrazumeva da samo stranke unose procesni materijal u postupak i da u tom pogledu imaju slobodu, odnosno odgovornost. U tom smislu njegova nužna posledica su tri instituta: teret tvrdnje, priznanje tvrdnji koje vezuje sud i subjektivni teret dokazivanja. Međutim, ukoliko uz ova tri instituta postoji i sudijska dužnost pitanja, onda se odgovornost delom prebacuje i na sud, što dovodi do postojanja sasvim drugog načela – ublaženog raspravnog načela.</p>

	<p>Na osnovu rečenog, promene koje su se desile napuštanjem načela materijalne istine, i to pre svega ukidanjem ovlašćenja suda da izvodi dokaze po službenoj dužnosti, nisu dovele do uspostave raspravnog načela. Sud i dalje ima dužnost da postavljanjem pitanja ukazuje strankama na deficite procesnog materijala; presuda na osnovu tereta tvrdnje, kao i presuđenje uprkos nepredlaganju dokaza može da usledi samo ako sud prethodno ispuni svoju dužnost. Sud je i u srpskom postupku saodgovorni subjekat postupka, i to ne proizilazi samo iz redakcije ZPP, već je takav smisao u skladu sa vrednovanjima slobode i odgovornosti stranaka, sa ciljem postupka, i na kraju sa osnovnim ljudskim procesnim pravima zagantovanim Ustavom.</p> <p>Određenje da raspravno načelo nije važeće, već da je to ublaženo raspravno, utiče na shvatanje niza instituta koji se tiču procesa formiranja činjeničnog stanja, a spram toga se i svi drugi instituti koji se tiču procesa formiranja činjeničnog stanja moraju prosuđivati.</p> <p>Veoma važan deo istraživanja, koji je i prethodio zauzimanju stavova, je uporednopravno istraživanje fokusirano na germanski pravni krug – Nemačku i Austriju. S obzirom da su srpsko procesno pravo i dogmatika gotovo pod isključivim germanskim uticajem, bilo je potrebno da se temeljno istraži pitanje raspravnog načela u ovim sistemima. Rezultati ovog dela su pokazali da je ideja o raspravnom načelu koje podrazumeva pasivan i neodgovoran sud davno prevladana; upravo obratno, moderan germanski model postupka podrazumeva saodgovornost suda i stranaka.</p>
Datum prihvatanja teme od strane Senata: DP	17. IV 2014.
Datum odbrane: DO	

<p>Članovi komisije: (ime i prezime / titula / zvanje / naziv organizacije / status) KO</p>	<p>predsednik: dr Marija Salma, redovni profesor Pravnog fakulteta u Novom Sadu član: dr Ranko Keča, redovni profesor Pravnog fakulteta u Novom Sadu član: dr Nikola Bodiroga, docent Pravnog fakulteta u Beogradu</p>
---------------------------------------------------------------------------------------------------------	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

University of Novi Sad
Faculty
Key word documentation

Accession number: ANO	
Identification number: INO	
Document type: DT	Monograph documentation
Type of record: TR	Textual printed material
Contents code: CC	Doctoral thesis
Author: AU	Marko Knežević, LL.M.
Mentor: MN	Prof. Dr. Ranko Keča
Title: TI	Principle of Party Control of Facts and Means of Proof in Serbian Civil Litigation
Language of text: LT	Serbian
Language of abstract: LA	eng. / srp.
Country of publication: CP	Republic of Serbia
Locality of publication: LP	Autonomous Province of Vojvodina
Publication year: PY	2014
Publisher: PU	Author's reprint
Publication place: PP	Faculty of Law, 1 Trg Dositeja Obradovića, Novi Sad
Physical description: PD	29 chapters / XLVI + 496 pages / 377 references / 1793 footnotes
Scientific field SF	Civil Law
Scientific discipline SD	Civil Procedure Law

Subject, Key words SKW	Procedural principles, principle of party control of facts and means of proof, litigation subjects' liability for collection of facts and proofs
UC	
Holding data: HD	Library of the Faculty of Law, 1 Trg Dositeja Obradovića, Novi Sad
Note: N	None
Abstract: AB	<p>The doctrine of civil litigation principles is one of the key characteristics of the Germanic procedural theory. Under its influence the doctrine of the principles grew into the essential part of the Serbian theory as well. The theory has rather early developed two conflicting principles with regard to responsibility for collecting the facts and evidence – the principle of party control of facts and means of proof (<i>Verhandlungsmaxime</i>) and principle of investigation by the court (<i>Untersuchungsmaxime</i>). First one entails that the parties only can provide facts and means of proof in litigation; court can not render its judgment upon facts or proof which are not introduced by the parties. Second one implies a duty of the court to ascertain and clarify the facts; by the same token, court has responsibility to do so.</p> <p>It is the common opinion that principle of party control over facts and means of proof is effectuated in Serbian civil litigation since legislative changes in 2004. Moreover, after the introduction of the new Civil Procedure Act in 2011 it is widely accepted that the paradigm of litigation is radically changed so the court is now rather passive and almost without any responsibility for gathering facts and means of proof. The subject matter of this doctoral thesis is the existence of principle of party control of facts and means of proof in current Serbian civil litigation.</p> <p>The results of analysis show that the principle of party control of facts and means of proof does not exist in Serbian civil litigation. This conclusion is first of all determined by dogmatic examination of the principle's notion. Indeed it signifies that only parties produce facts and means of proof, and in that sense that they have disposition and, accordingly, responsibility</p>

for that. By the same token, its necessary consequence are three institutes: burden of facts, binding effect of non disputed facts and burden of production of proof. However, if these three institutes exist with the court's parallel duty to provide hints and feedback, then the responsibility is shifted partly to the court, which results in existence of a new principle – principle of soften party control of facts and means of proof.

Regarding to what is said earlier, the changes which resulted in abandoning the principle of seeking of material truth, basically abrogating the court's obligation to take the proofs *ex offa*, did not lead to the creation of principle of party control of facts and means of proof. The court still has a duty to give hints and feedbacks, i. e. to suggest to the parties that they clarify or supplement their pleadings; dismissing the claim or striking defense as insufficient due to the lack of factual pleadings or production of means of proof can take place only if the court previously fulfills its duty. The court is also in Serbian civil litigation jointly responsible procedural subject. That conclusion is not warranted only by interpretation of wording of the Civil Procedure Code's provision, but rather and predominantly by evaluation of party autonomy and responsibility in Serbian civil procedure, purpose of a civil procedure, and last but not least, by basic procedural constitutional rights.

The conclusion that the principle of party control of facts and means of proof does not exist and that its place is taken by the principle of softened party control has fundamental consequences on set of institutes which refer to the process of determination of facts. In that sense all these institutes are analyzed by the virtue of existing principle of Serbian civil procedure.

Particularly important part of the thesis, which indeed precedes the main part, is a comparative study of the Germanic legal systems – Germany and Austria. Regarding the fact that Serbian procedural law and doctrine was and still is under almost entirely Germanic influence, it was necessary to conduct a thorough analysis of these systems. Results show that the idea of

	principle of party control of facts and means of proof, i. e. idea of passive and unliable court is abandoned. Directly opposite, modern Germanic procedural model is distinguished by joint responsibility of court and parties.
Accepted on Senate on: AS	17 th April 2014.
Defended: DE	
Thesis Defend Board: DB	<p>president: Marija Salma, Ph. D., Full Professor, Faculty of Law, Novi Sad</p> <p>member: Ranko Keča, Ph. D., Full Professor, Faculty of Law, Novi Sad</p> <p>member: Nikola Bodiroga, Ph. D., Assistant Professor, Faculty of Law, Belgrade</p>

Садржај

Скраћенице.....	XXIV
Литература	XXIX

§ 1 Увод.....	1
I. Два традиционална начела парничног поступка у погледу прикупљања процесног материјала.....	1
II. Постављање проблема и методологија излагања.....	1
1. Уводне напомене	1
2. Централна хипотеза рада	2
3. Теоретски параметри провере хипотезе.....	3
4. Оправдање упоредноправног приступа само с обзиром на немачко и аустријско право	4
III. Терминолошке напомене.....	5

Први део

Основна теоријска питања расправног начела

§ 2 Појам начела поступка	7
I. Начела поступка и основи поступка	7
1. Уводне напомене	7
2. Савремена немачка и аустријска доктрина	8
3. Домаћа доктрина.....	10
4. Закључак: нужност разликовања начела поступка и основа поступка	11
II. Двочначност појма начело поступка: нормативно и догматичко значење	12
1. Постављање проблема	12
2. Начело у догматичком (моделском) значењу	13
3. Начело у нормативном значењу.....	13
III. Расправно начело као начело поступка	14
§ 3 Појам расправног начела	16
I. Старија процесна доктрина: од настанка појма до осамостаљивања начела диспозиције... 16	16
1. <i>Генерово</i> формирање начела	16
2. Самостални живот начела: три правила и везивање за формалну истину	19
3. <i>Каништајново</i> схватање	21
II. Савремена доктрина.....	23
1. Садржина и смисао расправног начела	23
А. Заједничка нит: питање иницијативе; принципијелна раздвојеност од начела диспозиције.....	23
Б. Домаћа теорија: уже и шире схватање; везаност за начело диспозиције	23
В. Владајућа немачка и аустријска доктрина; однос са начелом диспозиције.....	26
Г. Сажетак; постављање проблема	29
III. Шире схватање расправног начела и одсечна разлика у односу на начело диспозиције .. 29	29
1. Техничка страна расправног начела	29

2. Суштинска страна расправног начела: одговорност и право странака	31
А. Полазна тачка: чињенично стање и његова функција; појам идеалног чињеничног стања.....	31
Б. Везаност расправног начела за идеално чињенично стање	32
а) Одговорност за идеално чињенично стање	32
б) Право располагања идеалним чињеничним стање.....	33
3. Различитост расправног начела и начела диспозиције	34
§ 4 Институти који су последица расправног начела.....	37
I. Шта не спада у последицу расправног начела: објективни терет доказивања	37
1. Појам објективног терета доказивања; независност од расправног начела.....	37
2. Доктрине о механизму објективног терета доказивања	38
А. <i>Леонрадова</i> теорија доказаности и <i>Розенбергова</i> теорије непримене.....	38
Б. Критика <i>Розенбергове</i> теорије и савремено доминантно схватање	40
II. Објективни терет тврдње.....	43
1. Објективни и субјективни терет тврдње; везаност објективног терета тврдње за расправно начело	43
2. Самосталност објективног терета тврдње у односу на објективни терет доказивања	44
3. Концепт објективног терета тврдње	45
А. Полазна тачка: дефицит тврдње и учење о примени права.....	45
Б. Схватање о посебним нормама терета тврдње.....	46
а) Већинска доктрина	47
б) <i>Мусилакова</i> критика	48
В. Сопствено мишљење.....	48
а) Суштина спора: предмет фикције	48
б) Правила терета тврдње: методолошки кораци	51
в) Карактеристике концепта објективног терета тврдње	52
III. Признање тврдњи.....	53
IV. Субјективни терет доказивања.....	54
1. Појам.....	54
2. Везаност за расправно начело	54
§ 5 Концепт саодговорности суда и расправно начело: ублажено расправно начело као посебан модел.....	56
I. Уводне напомене	56
II. Типови активност суда у формирању чињеничног стања.....	56
1. Класична истражна овлашћења.....	56
2. Судијска дужност питања.....	57
А. Појам и смисао	58
Б. О инквизиторној природи дужности питања	58
III. Однос расправног начела као модела и судијске дужности питања.....	60
1. Постављање проблема: компатибилност са расправним начелом.....	60
2. Схватања дотрине.....	60
А. Чисто расправно начело.....	60
Б. Схватања о начелу које се састоји и од дужности питања.....	61
а) Такозвано исправно схваћено расправно начело.....	62
б) Модификовано расправно начело, максима кооперације, радна заједница суда и странака.....	63
3. Сопствено мишљење: ублажено расправно начело	64

А. Појам ублаженог расправног начела.....	64
Б. Методолошка основаност појма ублаженог расправног начела	65
В. Терминолошко образложење.....	68
IV. Закључак: постојање два модела у којима постоји слобода и одговорност странака.....	68
§ 6 Оправдање расправног и ублаженог расправног начела.....	69
I. Оправдање расправног начела у односу на истражно начело.....	69
1. Такозвано техничко оправдање.....	69
2. Догматичко оправдање	70
3. Правнополитичко оправдање	75
А. Класично правнополитичко оправдање „природом ствари“	75
Б. Савремено правнополитичко (идеолошко) оправдање	77
4. Социолошко оправдање расправног начела	79
II. Оправдање расправног у односу на ублажено расправно начело	79
1. Оправдање расправног начела	79
2. Оправдање ублаженог расправног начела	81
III. Сажетак резултата и поставке за даљи ток истраживања	83

Други део
Расправно начело у упоредном праву

*Глава прва
Немачка*

§ 7 Немачки парнични поступак.....	85
I. Историјски контекст уочи доношења нГрпп	85
II. Изворна концепција нГрпп.....	87
III. Новелирање	88
IV. Новела из 2001: данашње стање.....	89
§ 8 Схватања о важећем начелу.....	92
I. Класично либерално схватање (<i>Вах</i>)	92
II. Социјално схватање поступка (<i>Клајн</i>).....	94
III. Националсоцијалистичко схватање	99
IV. Критика либералног схватања расправног начела након Другог светског рата.....	103
1. Вредносни примат истине у односу на слободу странака (<i>Бернхарт, Вејерс</i> и др.).....	104
2. Схватање о социјалном поступку – нова социјална струја	108
3. Екскурс: схватање у ДДР	111
4. Сажетак и критички осврт	115
V. Савремена неолиберална струја	116
§ 9 Конкретизација немачког модела.....	122
I. Обавеза истинитих и потпуних тврдњи (§ 138 ст. 1 нГрпп).....	122
II. Везаност суда за страначке тврдње	123
1. Терет тврдње.....	123
А. Субјективни и обејктивни	123
Б. Расподела терета тврдње.....	125
В. Дужност супстанцираних тврдњи; забрана истраживачког доказивања	127

Г. Пресуда на основу терета тврдње; испитивање терета тврдње као метод поступања суда.....	130
2. Чињенице које су резултат изведених доказа.....	131
III. Потреба доказивања зависна од воље странака.....	132
1. Признање тврдњи.....	132
А. Појам и дејство.....	132
Б. Природа.....	134
2. Фикције признања тврдњи.....	136
А. Неоспоровање тврдњи: концепт терета изјашњења.....	136
а) Појам, конструкција и смисао.....	136
б) Питање супстанцираности оспоровања.....	137
в) Изјаве са незнањем.....	138
Б. Пресуде због пропуштања и изостанка.....	138
IV. Везаност суда за доказне предлоге странака.....	139
1. Субјективни терет доказивања.....	139
2. Извођења доказа по сл. дужности и однос према расправном начелу.....	140
V. Савремени проблеми расправног начела: превазилажење дефицита информација у амбијенту расправног начела на основу стриктне расподеле терета тврдње и доказивања..	142
VI. Концепт судијске саодговорности: дужности упућивања.....	145
1. Појам, природа и смисао.....	145
2. Општа дужност претресања.....	147
3. Дужност упућивања у појединостима.....	148
А. Нејасне и дефицитарне тврдње.....	148
Б. Доказни предлози.....	150
В. Упућивање у погледу материјалноправних приговора?.....	150
4. Забрана пресуде изненађења.....	152
5. Упућивање адвоката.....	154
6. Начин и време вршења дужности упућивања.....	155
7. Однос дужности упућивања и преклузија изношења процесног материјала.....	157
VII. Конкретизација одговорности субјектата: поступак по правним лековима.....	158
1. О систему правних лекова против мериторних пресуда.....	158
А. Призив.....	158
Б. Ревизија.....	160
2. Одговорност за идеално чињенично стање у контексту призива.....	160
А. Повреда § 139 нГрпп као призивни разлог.....	160
Б. Дефицити тврдњи услед погрешне правне оцене првостепеног суда.....	161
3. Одговорност за идеално чињенично стање у контексту ревизије.....	163

Глава друга
Аустрија

§ 10 Аустријски парнични поступак из 1895. г.....	165
I. Историјски и методолошки контекст <i>Клајнове</i> реформе.....	165
II. Спровођење идеја <i>Клајна</i> у законски оквир; одредбе аГрпп о сакупљању процесног материјала.....	168
III. Данашање схватање поступка.....	170

§ 11 Схватања о начелу које се односи на прикупљање процесног материјала	173
I. <i>Клајново</i> и <i>Шперлово</i> схватање.....	173
II. Данашње владајуће схватање: негирање расправног начела	175
III. <i>Фашингово</i> приближавање немачкој неолибералној струји.....	177
§ 12 Конкретизација аустријског модела.....	179
I. Дужност истинитих и потпуних тврдњи	179
II. Везаност суда за страначке тврдње – објективни терет тврдње	180
1. Терет тврдње	181
A. Субјективни и објективни терет тврдње	181
B. Расподела терета тврдње	182
B. Дужност супстанцираних тврдњи; истраживачко доказивање	183
2. Случајни резултати расправљања	184
III. Формирање чињеничног стања вољом странака	185
1. Признање тврдњи: спор о дејству и природи	185
2. Конклюдентно признање	188
3. Пропуштање странака у контексту потребе доказивања: контумационе пресуде	189
4. Екскурс: утицај правноснажне осуђујуће кривичне пресуде	191
IV. Извођење доказа – субјективни терет тврдње.....	192
1. Извођење доказа по службеној дужности	193
2. Последица на концепцију о субјективном терету доказивања?.....	194
V. Саодговорност суда: дужност расправљања, упућивања и питања	195
1. Појам, оправдање и циљ дужности упућивања	195
2. Садржај дужности упућивања.....	195
A. Постављање питања ради допуњавања тврдњи	195
B. Постављање питања ради означавања или допуне доказних предлога	196
B. Материјалноправни приговори	197
3. Забрана пресуде изненађења	197
4. Природа дужности упућивања; питање упућивања адвоката	199
5. Начин и време вршења дужности упућивања.....	200
6. Однос дужности упућивања и правила о преклузији.....	201
VI. Конкретизација одговорности субјектата: поступак по правним лековима	202
1. Систем правних лекова против пресуда.....	202
A. Призив	202
B. Ревизија.....	203
2. Кршење дужности упућивања у контексту призива	204
A. Уводна напомена: разликовање примарне и секундарне грешке у утврђивању чињеничног стања	204
B. Примарна повреда §§ 182, 182а аГрпп: битна повреда поступка.....	204
B. Секундарна повреда §§ 182, 182а аГрпп: грешка у утврђивању као погрешна правна оцена	205
3. Кршење дужности упућивања у контексту ревизије	207

Глава трећа

Закључак за упоредноправни део

§ 13 Закључна разматрања.....	209
--------------------------------------	------------

I. Од различитих схватања о важећем начелу до истог модела поступка	209
1. Постојање схватања о различитим важећим начелима у погледу сакупљања процесног материјала.....	209
2. Апстраховање разлика: ублажено расправно начело као иста парадигма.....	210
3. Постојање савременог германског модела поступка	211
II. О значају савременог германског модела у светским размерама.....	212

Трећи део
Расправно начело у српском поступку

Глава прва
Историјски преглед
Одељак први
Предратни југословенски поступак

§ 14 Законик о судском поступку у грађанским парницама: Грпп	213
I. Уводне напомене: нужност истраживања југословенског схватања аустријског модела ..	213
II. Законик о судском поступку у грађанским парницама из 1929. г. (Грпп).....	214
1. Опште прилике и разлози за кодификацију	214
2. Спор о допуштености доказивањем сведоцима.....	215
3. Преузимање аустријског закона: Грпп од 1929. г.	216
III. Схватање поступка.....	217
1. Србијанско либерално схватање	217
2. Такозвано пречанско схватање	219
3. Схватање <i>Б. Благојевића</i>	220
IV. Схватања о важећем начелу у погледу прикупљања процесног материјала расправног начела у доктрини.....	221
1. Уводна напомена	221
2. „Пречанско“ схватање.....	222
3. Србијанско либерално схватање	223
4. Схватање <i>Б. Благојевића</i>	225
V. Прикупљање процесног материјала у судској пракси.....	226
VI. Закључак.....	228

Одељак други
Парнични поступак социјалистичке Југославије

§ 15 Парнични поступак социјалистичке Југославије.....	229
I. Историјски контекст доношења ЗПП 56 и утицај на схватања поступка	229
1. Растанак са СССР као преломна тачка развоја парничног поступка	229
2. Утицај растанка са СССР на схватања поступка.....	230
II. ЗПП 56; ЗПП 76	233
III. Начела ЗПП 56/76 и основне карактеристике које су у вези са прикупљањем процесног материјала	233
1. Начело диспозиције.....	233
2. Прикупљање процесног материјала.....	235

3. Такозвано начело материјалне истине.....	236
А. Уводне напомене и уопштена реконструкција моделског начела материјалне истине.....	237
Б. Начело материјалне истине као важеће начело у ЗПП 56/76.....	237
а) Начелно одређење.....	237
аа) Начело материјалне истине као врховно начело	238
бб) Умерена струја	239
вв) Негација начела материјалне истине	240
б) Вредносни аспект: тежња/оријентација ка проналажењу истине	241
в) Начело материјалне истине у пракси.....	243
4. Контумациони систем.....	244
§ 16 Схватања о важећем начелу ЗПП 56/76 у погледу прикупљања процесног материјала	246
I. Схватања доктрине о важећем начелу	246
1. Превладавање истражног начела (<i>Цуља</i>)	246
2. Већинска доктрина: негирање важења истражног начела; неуједначеност схватања ...	247
II. Сопствено схватање о важећем начелу у ЗПП 56/76	249
III. Оправдање важећег начела поступка.....	250
1. Оправдање слободе и одговорности странака.....	250
А. Позив на карактер грађанских субјективних права: логичко и/или идеолошко оправдање?.....	250
Б. Аргументи целисходности	253
В. Превазилажење противуречности концепта материјалне истине и слободе странака као кључни проблем оправдања	253
3. Оправдање (са)одговорности суда.....	256
А. Оправдање дужности питања.....	256
а) Већинска доктрина	256
б) <i>Лухарт</i>	258
в) <i>Тривино</i> начело отвореног правосуђења.....	258
Б. Оправдање извођења доказа по сл. дужности.....	260
IV. Сумирање резултата	261
§ 17 Контретизација модела	263
I. Везаност суда за тврдње странака – објективни терет тврдње.....	263
1. Схватање везаности суда за тврдње странака; постојање објективног терета тврдње ..	263
А. Теорија.....	263
Б. Пракса	265
2. Проблем случајних резултата доказивања.....	267
3. Супстанцираност тврдњи; забрана истраживачког доказивања	268
II. Формирање чињеничног стања вољом странака.....	270
1. Признање тврдњи	270
2. Постојање прећутног признања тврдњи у ЗПП 56/76.....	272
А. Теза о негативној литисконтестацији.....	272
Б. Механизам пресуде због изостанка.....	273
III. Извођење доказа.....	274
1. Постојање субјективног терета доказивања	275
А. Литература	275
Б. Судска пракса.....	276

2. Принцип заједнице доказа	278
IV. Судијска дужност питања	278
1. Садржај дужности питања у литератури.....	278
2. Садржај дужности питања у судској пракси.....	280
3. Забрана пресуде изненађења	280
V. Истражна овлашћења суда	281
1. Недозвољена располагања	281
2. Чињенице утврђене кривичном пресудом за које је парнични суд везан	282
3. Ноторне чињенице.....	283
4. Породичноправни спорови	284
VI. Манифестација одговорности за прикупљање процесног материјала – жалба и ревизија	285
1. Систем жалбе и ревизије.....	285
А. Опште напомене	285
Б. Типологија разлога за правни лек; неограниченост жалбе и ограниченост ревизије	286
В. Допуштеност новота у жалби	286
2. Схватање непотпуног чињеничног стања као разлога правног лека	286
3. Третман пресуде на основу терета тврдње	288
4. Повреда дужности питања као разлог правног лека	288
5. Стварна слика система ЗПП 56/76 у контексту расподеле одговорности субјеката поступка.....	291
§ 18 Закључак за систем ЗПП 56/76	292
I. Ублажено расправно начело као важеће начело у ЗПП 56/76.....	292
II. Степен развијености схватања ублаженог расправног начела	292
1. Изостанак разраде одговорности странака: неразвијеност учења о терету тврдње.....	292
2. Изостанак разраде судијске саодговорности; утицај допуштених новота.....	293
3. Резултат	294
III. Закључо разматрање о моделу парничног поступка социјалистичке Југославије кроз призму уређења прикупљања процесног материјала	295
<i>Глава друга</i>	
<i>Важеће право</i>	
Одељак први	
Важење ублаженог расправног начела	
§ 19 Парнични поступак Републике Србије: напуштање ЗПП 76	297
I. Разлози за реформу.....	297
1. Спорост поступка	297
2. Потреба усклађивања са ЕКЈП и тзв. европским стандардима.....	298
3. Иманентна мисао о анахроности ЗПП 76: критика начела материјалне истине	299
II. Изостанак темељних припрема за реформски задатак	300
III. Закон о парничном поступку из 2004. г.; Закон о парничном поступку из 2011. г.	301
§ 20 Уређење прикупљања процесног материјала и расподела одговорности и улога у поступку	304
I. Одредбе ЗПП о расправном начелу	304

II. Одредбе ЗПП о активности судије на плану прикупљања процесног материјала.....	305
III. Преклузија процесног материјала у првостепеном поступку; новоте у жалби	306
IV. Напуштање дужности истинитих тврдњи	306
§ 21 Важеће начело ЗПП у погледу сакупљања процесног материјала	307
I. Теза о афирмацији расправног начела: чисто расправно начело	307
1. Исходиште „афирмације“ расправног начела: ЗПП 76 је инквизиторни поступак.....	307
2. Смисао афирмације: од напуштања начела материјалне истине до пасивности суда; међуисход: чисто расправно начело	307
3. Премисе схватања о чистом расправном начелу	309
А. Догматичка премиса.....	309
Б. Вредносне и/или идеолошке премисе	310
В. Правнополитичке премисе: усклађеност са тзв. европским стандардима	312
II. Схватање доминантне теорије	314
III. Ублажено расправно начело као важеће начело у ЗПП	315
1. Експозе о ублаженом расправном начелу	315
2. Догматичко оправдање	316
А. Одговорност странака за идеално чињенично стање, одн. право располагања идеалним чињеничним стањем	316
а) Везаност суда за тврдње странака; објективни терет тврдње.....	316
б) Одређивање потребе доказивања вољом странака.....	321
в) Везаност суда за доказне предлоге; субјективни терет доказивања	322
Б. Саодговорности суда: апсолутна дужност постављања питања	323
а) Постављање проблема.....	323
б) Схватање следбеника идеје о чистом расправном начелу.....	323
в) Концепт апсолутне дужности постављања питања.....	325
аа) Чл. 305 ст. 2, 313 ЗПП	325
бб) Дужност суда да се стара о свестраном расправљању предмета спора; појам зрелости за пресуђење.....	327
вв) Одбијање неконклузивне тужбе у случају пропуштања одговора на тужбу ...	329
3. Правнополитичко оправдање	330
А. Критика схватања о чистом расправном начелу	330
а) Идеолошке заблуде схватања о чистом расправном начелу	330
б) Од прокламоване жеље за европским стандардима до повратка у XIX век	333
Б. Преношење вредности приватне аутономије на поступак и ублажено расправно начело	336
а) Оправдање правила расправног начела	336
б) Ефективност слободе и одговорности странака: иманента веза са принципом <i>iura novit curia</i>	338
В. Циљ поступка и ублажено расправно начело	341
а) Теорије о циљу парничног поступка.....	341
аа) Негирање правозаштитног циља парничног поступка	341
бб) Индивидуална правна заштита или заштита објективног правног поретка	344
б) Циљ парничног поступка Србије	345
в) Циљ поступка и ублажено расправно начело	347
4. Право на правичан поступак и ублажено расправно начело.....	349
А. Право на саслушање и ублажено расправно начело	349
а) Појам права на саслушање; уставноправни ранг	349
б) Обезбеђивање ефективног права на саслушање.....	352

в) Забрана пресуде изненађења	353
г) Закључак	356
Б. Право на непристрасан суд, односно равноправност странака и ублажено расправно начело.....	356

Одељак други
Конкретизација модела

§ 22 Терет тврдње	358
I. Постојање субјективног терета тврдње у систему ЗПП?.....	358
II. Расподела објективног терета тврдње	359
1. Опште правило: аналогија са чл. 231 ст. 2 и 3 ЗПП	359
2. Разликовање конститутивних, импедитивних и екстинтивних чињеница	360
А. Оријетација према мериторним нормама, а не према страначкој улози.....	360
Б. Материјалноправно разликовање конститутивних и екстинтивних чињеница	361
В. Квалификација импедитивних чињеница	361
Г. Српски проблем у контексту импедитивних чињеница.....	363
III. Дужност супстанцираних тврдњи	364
IV. Конкретизација објективног терета тврдње	365
1. Пресуде на основу терета тврдње	365
А. Појам и карактеристике	365
Б. Врсте пресуда на основу терета тврдње	365
а) Пресуда због неконклузивности тужбе услед непотпуности тврдњи	366
б) Пресуда против туженог на основу терета тврдње	367
В. Правноснажност пресуда на основу терета тврдње	368
а) Постављање проблема.....	368
б) Материјална правноснажност уопште.....	369
аа) Позитивна и негативна страна материјалне правноснажности.....	370
бб) Предмет материјалне правноснажности	370
вв) Временске границе правноснажности и концепт преклузије кроз правноснажност	371
в) Материјална правноснажност пресуда на основу терета тврдње	372
аа) Потврда смисла материјалне правноснажности	372
бб) Враћање на вредновање ублаженог расправног начела	373
бб) Немогућност доследног прихватања Фашиновог схватања: потреси у извршном поступку	374
2. Испитивање конклузивности тужбе и релеванности одбране: костур парничног поступка.....	376
§ 23 Одређивање потребе доказивања, односно формирање чињеничног стања вољом странака	379
I. Редифинисање појма и смисла признања тврдњи.....	379
1. Уводне напомене	379
2. Дејство	380
3. Правна природа.....	382
4. Закључак.....	384
II. Дефинисање и разрада терета изјашњавања.....	384
1. Уводне напомене; постављање проблема	384
2. Појам терета изјашњавања	385

А. Догматичка основа терета изјашњавања.....	385
Б. Оправдање и циљ терета изјашњења	387
3. Садржај терета изјашњавања у појединостима	389
А. Признање тврдњи	389
Б. Оспоравање тврдњи	389
а) Забрана паушалног оспоравања	391
б) Конкретна суптанцираност оспоравања.....	391
в) Питање изјава са незнањем.....	393
4. Правна природа неиспуњења терета изјашњавања	395
§ 24 Субјективни терет доказивања	398
I. Напуштање начела материјалне истине и тзв. афирмација терета доказивања.....	398
II. Пресуђење у случају дефицита доказних предлога	399
1. Постављање проблема	399
2. Схватања у теорији и пракси.....	399
А. Схватање о директној примени чл. 231 ст. 1 ЗПП.....	399
Б. <i>Кечино</i> схватање.....	400
3. Сопствено схватање	402
А. Неадекватна решења	402
Б. Слободна оцена резултата расправљања као последица непредлагања доказа	403
В. Закључак.....	406
III. Такозвани принцип заједнице доказа.....	406
§ 25 Судијска дужност питања.....	409
I. Уводне напомене	409
II. Садржина дужности питања.....	409
1. Постављање питања ради санирања дефицита тврдњи	409
2. Постављање питања ради изјашњавања странке на тврдње противника.....	410
3. Постављање питања ради санирања дефицита доказних предлога	411
4. Проблем упућивања на материјалноправне приговоре	412
III. Начин испуњавања дужности питања.....	414
IV. Време вршења дужности питања	415
1. Редакција одредба ЗПП.....	415
2. Систем преклузија током првостепеног поступка и дужност питања суда	416
А. Уопште о преклузији.....	416
Б. Однос чл. 314 и чл. 313, 326 ст. 2 ЗПП: преклузија дужности питања?	417
В. Стандард непостојања кривице странака као услов за допуштеност новота у првостепеном поступку	420
3. Оцена система преклузија с обзиром на резултате истраживања.....	421
§ 26 Истражна овлашћења парничног суда	422
I. Истражна овлашћења у општем парничном поступку.....	422
1. Истражна овлашћења у вези са недозвољеним располагањима	422
А. Уводне напомене	422
Б. Појам недопуштених процесних располагања.....	423
а) Појам и смисао процесног располагања уопште	423
б) Елементи појма недозвољених располагања	424
аа) Противност императивним одредбама	424
бб) Противност јавом поретку, правилима морала и добрим обичајима.....	427

вв) Слобода располагања у материјалном праву и недозвољено располагање	427
в) Превентивна функција концепта недозвољених располагања	428
В. Истражна овлашћења суда.....	429
а) Повод за истражна овлашћења	429
б) Начин испуњења истражних овлашћења	430
2. Проблеми који се јављају у погледу претходног питања	431
А. Појам и природа претходног питања и прејудицијума; постављање проблема.....	431
Б. Значај везаности суда за прејудицијум у смислу формирања чињеничног стања	433
В. Проблеми код самосталног решавања претходног питања	435
3. Везаност за утврђења из кривичне пресуде (чл. 13 ЗПП).....	438
II. Истражно начело у породичноправним споровима	441
1. Појам и врсте породичноправних спорова	442
2. Ограниченост располагања предметом спора	442
3. Истражно начело у породичноправним споровима	443
§ 27 Спорне ситуације ублаженог расправног начела у теорији и пракси	445
I. Ноторне чињенице и ублажено расправно начело	445
1. Појам и дејство ноторних чињеница	445
2. Ноторне чињенице и право странака да формирају чињенично стање.....	446
3. Ноторне чињенице и терет тврдње	447
II. Случајни резултати доказивања.....	448
III. Пресуде због пропуштања и изостанка.....	452
1. Везаност за ублажено расправно начело	452
2. Проблем негативног услова за доношење пресуда у виду непостојања противуречности између тврдњи тужиоца и приложених доказа	453
А. Погрешно схватање праксе	453
Б. Теоретска конструкција.....	454
В. Суштинско питање: оправданост постојања и последице	455
3. Посебно о критици упућивања тужиоца да допуни наводе или да преиначи тужбу у случају неконклузивне тужбе.....	456
IV. Пресуда без усмене расправе и ублажено расправно начело	458
1. Појам и оправдање пресуде без усмене расправе.....	458
2. Услови за доношење пресуде без усмене расправе и ублажено расправно начело	460
А. Неспорно стање ствари	460
Б. Зрелост за пресуђење.....	462
§ 28 Функционисање ублаженог расправног начела у поступку по правним лековима ..	465
I. Појам и природа непотпуног чињеничног стања	465
1. Појам.....	465
2. Поливалентност непотпуног чињеничног стања.....	466
А. Непотпуно чињенично стање је увек погрешна примена материјалног права	466
Б. Непотпуно чињенично стање је увек апсолутно битна повреда поступка из чл. 374 ст. 2 т. 12 ЗПП.....	470
В. Непотпуно чињенично стање је увек релативно битна повреда поступка	470
Г. Међуисход	471
3. Нужност јасног одређења припадности	472
4. Закључак.....	474
II. Третман пресуде на основу терета тврдње у жалбеном и ревизијском поступку.....	474

1. Пресуда на основу терета тврдње и непотпуно чињенично стање.....	474
А. Постављање проблема	474
Б. Искључење постојања непотпуног чињеничног стања.....	474
а) Нужност тумачења чл. 375 ст. 1 ЗПП у складу са ублаженим расправним начелом	474
б) Разлика између пресуде на основу терета тврдње и пресуде захваћене непотпуним чињеничним стањем	475
2. Контрола примене материјалног права у пресуди на основу терета тврдње.....	476
III. Третман повреде дужности питања.....	477
1. Везаност за пресуде на основу терета тврдње и субјективног терета доказивања; природа повреде	477
2. Повреда дужности као жалбени разлог и ревизијски разлог	478
А. Жалбени разлог	478
Б. Ревизијски разлог.....	478
3. Истицање дефицита као претпоставка постојања релативно битне повреде	479
IV. Образложење обавезног укидања пресуде у случају непотпуног чињеничног стања: потврда ублаженог расправног начела	481
1. Уводне напомене; постављање проблема	481
2. Схватање о инстанционој пресуди на основу терета тврдње: редукција појма непотпуног чињеничног стање.....	482
3. Апсолутно укидање пресуда у случају непотпуног чињеничног стања	484
А. Чл. 416 ст. 2 ЗПП.....	484
Б. Мисао о ублаженом расправном начелу.....	485
В. Забрана пресуде изненађења	486
Г. Закључак	486

Закључак

§ 29 Резултати истраживања.....	488
I. Расправно начело не постоји у српском парничном поступку; ублажено расправно начело као постојеће и важеће начело	488
II. Конкретизација ублаженог расправног начела	494
III. Вредновање модела ЗПП; о потреби законодавних промена	496

Скраћенице

Напомена: код појашњења за скраћенице које означавају периодику, као и збирке судске праксе, у угластим заградама је наведен начин цитирања.

аВС	аустријски Врховни суд [в. ОГН]
аГрпп	аустријски Закон о судском поступку у грађанским споровима (Грађански парнични поступак) из 1895. г. [Zivilprozessordnung] (RGBI 1895/113), последња измена кроз закон BGBI I 2013/118.
Анали	Анали Правног факултета у Београду [књ./св (год.), стр.]
аОСП	(аустријски) Општи судски поступак из 1781. г. [Allgemeine Gerichtsordnung]
Архив	Архив за правне и друштвене науке [књ. (год.), стр.]
АС	апелациони суд
Билтен АС БГ	Билтен Апелационог суда у Београду [књ. (год.), стр.]
Билтен АС КГ	Билтен Апелационог суда у Крагујевцу [св./год., стр.]
Билтен АС НИ	Билтен Апелационог суда у Београду [св./год., стр.]
Билтен АС НС	Билтен Апелационог суда у Новом Саду [књ. (год.), стр.]
Билтен ВКС	Билтен Врховног касационог суда [св./год., стр.]
Билтен ВС БГ	Билтен Вишег суда у Београду [књ. (год.), стр.]
Билтен ВС НС	Билтен Вишег суда у Новом Саду [књига-год.-бр. одлуке]
Билтен ВСЈ	Билтен Врховног суда Југославије [књига (год.), стр.]
Билтен ВСС	Билтен Врховног суда Србије [св./година, стр.]
Билтен ОкС БГ	Билтен Округног суда у Београду [књ. (год.), стр.]
Билтен ОкС НИ	Билтен Округног суда у Нишу [књ. (год.), стр.]
Билтен ОкС НС	Билтен Округног суда у Новом Саду [књ. (год.), стр.]
Билтен РЈП	Билтен Републичког јавног правобранилаштва [св./год., стр.]
Билтен СС	Билтен Савезног суда [св./год., стр.]
Билтен УС	Билтен Уставног суда [св./год., стр.]
ВКС	Врховни касациони суд
ВрхПС	Врховни привредни суд
ВС	виши суд
ВСБХ	Врховни суд Босне и Херцеговине
ВСВ	Врховни суд Војводине
ВСМ	Врховни суд Македоније
ВСС НС	Врховни суд Србије, Одељење у Новом Саду
ВСС	Врховни суд Србије
ВССло	Врховни суд Словеније
ВСХ	Врховни суд Хрватске
ВСЦГ	Врховни суд Црне Горе
Гласник АКВ	Гласник Адвокатске коморе Војводине [св./год., стр.]
год.	година
Грпп	Законик о судском поступку у грађанским парницама (грађански парнични поступак) из 1929. г., СН 179-LXXV
Грпп-ДДР	Закон о судском поступку у грађанским, породичним и радним стварима – Грађански парнични поступак – ДДР из 1975. г.
ГСа	Годишњак Правног факултета у Сарајеву [књ. (год.), стр.]

ЕКЉП	Конвенција за заштиту људских права и основних слобода, СЛ СЦГ МУ 9/2003-16
ЕСЉП	Европски суд за људска права
ЗбиВрхС I	<i>Гајић, М. / Ступаревић, Ђ.</i> (ур.), Збирка одлука врховних судова у упутстава Врховног суда ФНРЈ I, Београд (1952)
Збирка II	<i>Карамарковић, Х.</i> (ур.), Збирка судских одлука из области грађанског права 1973-1986 (1987) [бр. одлуке]
ЗбоЗГ	Зборник Правног факултета у Загребу [књ. (год.), стр.]
ЗбоНС	Зборник радова Правног факултета у Новом Саду [књ./св. (год.), стр.]
ЗВП	Закон о ванпарничном поступку, СГ РС 25/1982, 48/1988, 46/1995 (др. закон), 18/2005 (др. закон), 85/2012, 45/2013 (др. закон), 55/2014
ЗИО	Закон о извршењу и обезбеђењу, СГ РС 31/11, 99/11, 109/13 (УС), 55/14
ЗКП	Законик о кривичном поступку, СГ РС 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014
ЗН	Закон о наслеђивању, СГ РС 46/95, 101/03 (УСРС)
ЗОВС	<i>Игњатовић, Н.</i> (ур.), Збирка одлука виших судова Краљевине Југославије [књ./бр. одлуке]
ЗОО	Закон о облигационим односима, СЛ СФРЈ 29/78, 39/85, 45/89 (УСЈ), 57/89; СЛ СРЈ 31/93; СЛ СЦГ 1/03 (др. закон)
ЗОСО	Закон о основама својинско-правних односа, СЛ СФРЈ 6/80, 36/90; СЛ СРЈ 29/96; СГ РС 115/06 (др. закон)
ЗПП 04	Закон о парничном поступку из 2004. г., СГ РС 125/04, 111/08.
ЗПП 56	Закон о парничном поступку из 1956. г., СЛ ФНРЈ 4/57, 52/61; СЛ СФРЈ 12/65, 1/71, 23/72, 6/74
ЗПП 76	Закон о парничном поступку из 1976. г., СЛ СФРЈ 4/77, 36/77 (испр.), 6/80 (др. закон), 36/80, 43/82 (др. закон), 69/82, 58/84, 74/87, 57/89, 20/90, 27/90, 35/91; СЛ СРЈ 27/92, 24/94, 12/98, 15/98 (испр.), 3/02.
ЗПП	Закон о парничном поступку, СГ РС 72/11, 49/13 (УС), 74/13 (УС), 55/14
ЗПромНеп	Закон о промету непокретности, СГ РС 93/2014
ЗСО	Збирка судски одлука [књига/свеска-год.-бр. одлуке]
ЗСП	Збирка судске праксе [књига/бр. одлуке]
ЗСт	Закон о стечају, СГ РС 04/2009, 99/2011 (др. закон), 71/2012 (УС), 83/2014
ИСП	Избор судске праксе [лит.: св./год., стр.; св./год.-бр. одлуке]
књ.	књига
КС Б	Касациони суд, Одељење Б у Новом Саду
КС	Касациони суд у Београду
<i>Микуландра/Гајић</i>	<i>Микуландра, Н., Гајић, М.</i> (ур.), Збирка одлука врховних судова донетих у кривичном и грађанском поступку, Београд (1954)

нГршп	немачки Грађански парнични поступак из 1877. г. [Zivilprozessordnung], пречишћен текст од 05. XII 2005. г. (BGBl. I S. 3202; 2006 I S. 431; 2007 I S. 1781); последње измењен кроз чл. 1 закона од 08. VII 2014. г. (BGBl. I S. 890).
НЗ	Наша законитост [књ. (год.), стр.]
нГЗ	немачки Грађански законик из 1896. г., пречишћен текст од 2. I 2002. г. (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738); последња измена кроз чл. 1 закона од 22. VII 2014 (BGBl. I S. 1218).
нСС	немачки Савезни суд [в. BGH]
нСУС	немачки Савезни уставни суд [в. BVerfG]
Образложење ЗПП	Влада Републике Србије, Предлог Закона о парничном поступку, 2954-11
ОГЗ	аустројски Општи грађански законик из 1811. г. [Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch]
ОДВ	Одвјетник [год., стр.]
Одлуке КС 1940-1942	Одлуке Касационог суда у Београду у грађанским предметима 1940-1942, Београд (1943)
ОкС	окружни суд
ОСП	Општи судски поступак за пруске државе из 1791 [Allgemeine Gerichtsordnung für die Preußischen Staaten]
ПЖ	Правни живот [св./год., стр.]
ПЗ	Породични закон, СГ РС 18/05, 72/11 (др. закон)
ПЗап	Правни записи [књ. (год), стр.]
ПИ	Правни информатор [св./год., стр.]
ПИС РС	Правно-информациони систем Републике Србије, електронска база података
Право	Право – теорија и пракса [св./год., стр.]
ПСП	Преглед судске праксе, прилог Наше законитости [књига-год.- бр. одлуке]
Рјешења СтС	<i>Враговић, А, Милановић, Љ.</i> , Рјешења Стола Седморице и Стола Седморице (Одјељ. Б.) у грађанско-правним стварима I, Загреб (1935)
св.	свеска
СГ РС	Службени гласник Републике Србије
СГЗ	Српски грађански законик
СЛ СФРЈ	Службени лист СФРЈ
СЛ СЦГ	Слижбени лист Државне заједнице СЦГ
СЛ ФНРЈ	Службени лист ФНРЈ
СН	Службене новине Краљевине Југославије
СП	Судска пракса [св/год.-бр. одлуке]
СППС	Судска пракса привредних судова [св./год., стр.]
ст.	став
стр.	страна
СтС Б	Сто седморице, Одељење Б
СтС	Сто седморице
Судска пракса 1932-39	<i>Ивановић, Т.</i> (ур.), Судска пракса 1932-1939, Београд (1940)

T.	тачка
УС	Уставни суд
Устав	Устав Републике Србије, СГ РС 98/06
ЦС	немачки Царевински суд [в. RG]
чл.	члан
AcP	Archiv für die civilistische Praxis [књ. (год.), стр.]
BGH	Bundesgerichtshof [в. нСС]
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen [књ., стр.]
BVerfG	Bundesverfassungsgericht [в. нСУС]
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgericht
Cardozo J. Int'l. & Comp. L.	Cardozo Journal of International and Comparative Law [књ. (год.), стр.]
dAnwBl	Anwaltsblatt [немачки; Jahr, Seite]
DRiZ	Deutsche Richterzeitung [год., стр.]
DuR	Demokratie und Recht [год., стр.]
ecolex	ecolex Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht [год./бр. одлуке]
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht [год., стр.]
JB1	Juristische Blätter [год., стр.]
JuS	Juristische Schulung [год., стр.]
JZ	Juristenzeitung [год., стр.]
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft [књ. (год.), стр.]
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht [год., стр.]
NJ	Neue Justiz [год., стр.]
NJW	Neue Juristische Wochenschrift [год., стр.]
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift-Rechtsprechungs-Report [год, стр.]
NZ	Österreichische Notariatszeitung [год, стр.]
öAnwBl	Anwaltsblatt [аустрijски; год., стр.]
OG	Oberstes Gericht der DDR [Врховни суд ДДР]
OGH	Oberster Gerichtshof [в. аВС]
OLG	Oberlandsgericht [виши земаљски суд]
PragrafLex	електронска база података ParagrafLex
R. L. R.	Ritsumeikan Law Review [год., стр.]
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht [књ. (год.), стр.]
RG	Reichsgericht [в. ЦС]

Rn.	Randnummer [маргинални број]
SZ	Sammlung Zivilsachen Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivil-(und Justizverwaltung)sachen [књ./бр.]
U. Chi. L. Rev.	The University of Chicago Law Review [књ. (год.), стр.]
Zak	Zivilrecht aktuell [год./бр. одлуке]
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess [књ. (год.), стр.]

Литература

Напомена: у раду је због економичности простора и прегледности литература цитирана у скраћеном облику. Монографске публикације и прилози у зборницима радова се цитирају онако како је за сваки од њих у угластим заградама предвиђено. Радови у часописима, укључујући и коментаре судских одлука и резензије књига, цитирају се без навођења наслова рада, са означањем часописа или његове скраћенице, и у зависности од начина објављивања, са бројем књиге или свеске. Први број који следи након тога је прва страна рада, а број који следи у загради је страна на које се односи цитат или упућивање.

Андрејевић, Снежана, Измене и допуне Закона о парничном поступку, Билтен ВСС 3/2009, 361-375

– Примена Закона о раду и нове судске процедуре, Билтен ВКС 3/2012, 91-120

Андрејишевић, Мирјана, Припремно рочиште и одређивање временског оквира, Билтен ВКС 3/2012, 321-330

Антић, Оливер / Балиновац, Зоран, Коментар Закона о наслеђивању, Београд (1996)
[Антић/Балиновац, Коментар ЗН]

Аранђеловић, Драгољуб, Грађанско процесно право Краљевине Југославије I-III, Београд (1933) [Аранђеловић, ГПП I-III]

Базала, Бранко, Закон о парничном поступку: с објашњењима и судским одлукама, Загреб (1969) [Базала, ЗПП]

Бидлински, Франц, Правна методологија, Подгорица (2011) [Бидлински, Правна методологија]

Благојевић, Борислав Т., Начела приватнога процесног права, Београд (1936) [Б. Благојевић, Начела]

– Примена новог Грађанског парничног поступка, Архив за правне и друштвене науке XLVIII (1935), 600-612

Благојевић, Борислав Т. / Круљ, Врлета (ред.), Коментар Закона о облигационим односима I-II, Београд (1980)

Благојевић, Видан, Истраживање материјалне истине у грађанском парничном поступку, Београд (1938) [В. Благојевић]

Бодирога, Никола, Нови Закон о парничном поступку, Београд (2012) [Бодирога, Нови ЗПП]

– Пресуда због изостанка према новом ЗПП-у, Анали Правног факултета у Београду LV/1 (2007), 136-146

– Пресуда због пропуштања и могућности њеног побијања: пресуда као вид окончања парнице, Правни живот 12/2005, 105-127

– Чињенично и правно питање у ревизији, Бранич 1/2006, 33-54

– Међупресуда, докторска дисертација – Правни факултет у Београду, необј. (2009) [Бодирога, Међупресуда]

– Теорија извршног поступка, Београд (2012) [Бодирога, Теорија извршног поступка]

Боранијашевић, Владимир, Пресуде у парничном поступку, Београд (2009) [Боранијашевић]

Бркић, Снежана, Терет доказивања у кривичном и парничном поступку, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду XLVI/1 (2012), 299-329

Верона, Анте / Чуља, Срећко, Законик о судском поступку у грађанским парницама, Загреб (s.a.) [Верона/Чуља]

- Водинелић, Владимир В.*, Циљ и предмет парничног поступка – две рефлексије о односу субјективних права и парничног поступка, *Анали Правног факултета у Београду* 2-3/1996, 13-23
- Грађанско право, Београд (2012) [*Водинелић*]
 - Грађанско право, Уводне теме, Београд, (1991) [*Водинелић*, Уводне теме]
- Гајовић, Јелисавета*, Грађанско процесно право – са коментаром –, Београд (2000) [*Гајовић*]
- Галич, Алеш*, Ограничење могућности изношења новота и циљ грађанског парничног поступка, *Зборник Правног факултета у Загребу* 63 (2013), 799-820
- Право на саслушање и правна правила, *Зборник Правног факултета у Загребу* 56 (2006), 479-500;
 - Das Slowenische Zivilprozessrecht zwischen Trnasmission, Kontinuität und Trasformation, *Ritsumeikan Law Review* 27 (2010), 117-139
- Горшић, Фрања*, Коментар грађанског парничног поступка I-II, Београд (1933) [*Горшић*, Коментар I-II]
- Грађански, Борко*, Терет доказивања у парници и наш Закон о парничном поступку, *Гласник АКВ* 1/1964
- Утицај кривичне пресуде на грађанску парницу, докторска дисертација – Правни факултет у Београду, необј. (1959) [*Грађански*, Утицај кривичне пресуде]
- Грубач, Момчило*, Кривично процесно право, Увод и општи део, 3. издање, Београд (2004)
- Грубиша, Младен*, Утврђивање чињеничног стања у парничном поступку и начело тражења материјалне истине, *Одвјетник* 12/1961, 305
- Чињенично стање у кривичном поступку, Загреб (1963) [*Грубиша*, Чињенично стање]
- Дика, Михајло*, Грађанско парнично право, Парничне радње, Загреб (2008) [*Дика*, Парничне радње]
- Грађанско парнично право, Правни лијекови, Загреб (2010) [*Дика*, Правни лијекови]
 - Право на тужбу, Загреб (1987) [*Дика*, Право на тужбу]
- Ђорђевић, Андра*, Теорија грађанског судског поступка, Приредио Д. Аранђеловић, 2. издање, I (1924), II (1923) [*Ђорђевић*, Теорија I-II²]
- Ђурђевић, Дејан*, Институције наследног права, 3. издање, Београд (2011) [*Ђурђевић*, Институције наследног права³]
- Ђуричин, Биљана*, Признање чињеница у парници, у: *Бекић, Драгослав*, Књига о грађанско судском поступку, I Том (1989) 143-156 = *Правни живот* 11-12/1989, 1587-1600 [*Ђуричин* у: Књига о грађанском судском поступку I]
- Утврђивање истине у судском поступку, докторска дисертација – Правни факултет у Новом Саду (1991) [*Ђуричин*]
 - О терету доказивања у парничном поступку, *Право, теорија и пракса* 7-8/1995, 67-85
- Ђуровић, Здравко*, Пресуда због изостанка у југословенском праву, докторска дисертација – Правни факултет у Београду, необј. (1965) [*Ђуровић*]
- Живановић, Тома*, Основни проблеми Кривичног и Грађанског процесног права I (1940), II (1941) [*Живановић*, Основни проблеми I-II]
- Живковић, Боровоје*, Одговор на тужбу и пресуда због пропуштања, *Судска пракса* 7-8/2006, 52-58
- Евентуална максима у парничном поступку, *Билтен АС у Београду* 4 (2012), 37-60
- Зороска-Камиловска, Татјана*, Концентрација парничног поступка, *Правни живот* 13/2007, 769-782;
- Улога суда и странака у скупљању процесног материјала, *Правни живот* 12/2004, 113-126;

- Јакшић, Александар*, Грађанско процесно право, 6. издање, Београд (2012) [*Јакшић*⁶]
 – Грађанско процесно право, 2 издање, Београд (2007) [*Јакшић*²]
- Јанковић, Милка / Карамарковић, Хранислав / Јанковић, Живота / Петровић, Драгољуб*, Коментар Закона о парничном поступку, 3. издање, Београд (1990) [*аутор у: М. Јанковић и др.*, Коментар³]
- Камхи, Самуел*, Грађански судски поступак I, Сарајево (1951) [*Камхи*, ГСП]
 – Грађански судски поступак, 3. издање, Сарајево (1961) [*Камхи*, ГСП³]
- Кеча, Ранко*, Грађанско процесно право, 5. издање, Београд (2013) [*Кеча*⁵]
 – Грађанско процесно право, Београд (2009) [*Кеча*]
 – О начелу помоћи неурој странци, Зборник Правног факултета у Новом Саду XLII/1-2 (2009), 309-320;
 – О променама Закона о парничном поступку, Анали Правног факултета у Београду LI/1-2 (2004), 188-204;
 – Редовни правни лекови у парничном поступку, докторска дисертација – Правни факултет у Новом Саду, необј. (1984) [*Кеча*, Редовни правни лекови]
 – Судско поравнање, магистарска теза – Правни факултет у Новом Саду, необј. (1980) [*Кеча*, Судско поравнање]
 – О терету доказивања у парничном поступку, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду XLVII/3 (2013), 75-94
 – О решавању претходног питања у парничном поступку, у: *Кеча, Ранко* (ур.), Хармонизација српског и мађарског права са правом Европске уније, књ. II, Нови Сад (2014), 137-156 [*Кеча* у: Хармонизација II]
- Кнежевић, Драг.*, Начела изражена у Законику о судском поступку у грађанским парницама, Бранич XXIV (1936), 558-568
- Кнежевић, Марко*, О жалби против пресуде у поступку у спору мале вредности, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду XLVI/4 (2012), 385-402 = *Zur Berufung gegen Urteil im serbischen Bagatellverfahren*, in: *Geimer/Schütze/Garber* (Hrsg), *Europäische und Internationale Dimensionen des Rechts: Festschrift für Daphne-Ariane Simotta* (2012), 311-323;
 – Уговор о чињеничном стању закључен у поступку посредовања, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду XLIII/4 (2009), 499-518;
- Кнежевић, Никола*, Могућност и сврсисходност утврђивања истине у парничном поступку, *Наша законитост* 22 (1968), 401 и след.
- Козар, Владимир*, Коментар Закона о парничном поступку, Београд (2011) [*Козар*]
- Крстић, Новак*, Улога парничног суда и странака у прикупљању процесног материјала – компаративна анализа решења раније и важећег Закона о парничном поступку, у: *Петрушић, Невена* (ур.), Приступ правосуђу – инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије III (2009), 223-239 [*Крстић* у: Приступ правосуђу III]
- Лазаревић, Адам П.*, Др. Борислав Благојевић: Начела приватног процесног права, Бранич XXIV (1936), 437-439
- Лутовац Звездана*, Новине у Закону о парничном поступку – Нови ЗПП, Билтен ВКС 3/2011, 99-117
- Маринковић, Ђорђе Г.*, Година дана од примене новог Грађанског парничног поступка, *Архив за правне и друштвене науке* XLVII (1935), 24-50
- Маркићевић, Александар*, Поштење и савесност у грађанској парници, Нови Сад (1972) [*Маркићевић*, Поштење и савесност]
 – Признање чињеница и признање тужбеног захтева, *Гласник АКВ* 7/1961, 10-16;

- Марковић, Миливоје Ч.*, Грађанско процесно право, I/1, Београд (1957) [*М. Марковић*, ГПП I/1]
- Грађанско процесно право, I/2, Приштина (1966) [*М. Марковић*, ГПП I/2]
 - Теорија грађанског парничног поступка, Београд (1948) [*М. Марковић*, Теорија]
- Милошевић, Милош В.*, Примена истражног начела по новом Закону о парничном поступку Републике Србије, Избор судске праксе 10/2007, 5-18
- У сусрет променама Закона о парничном поступку, Информатор ДСС 2/2004, 17-27
- Милутиновић, Љубица*, Примена правила о терету доказивања, Билтен ВСС 3/2007, 315
- Мириловић, Бранко*, Заштита слабије стране у парничном поступку, Правни живот 12/1978, 7-23;
- Мулабдић, Сенад*, Непотпуно и погрешно чињенично стање као жалбени разлог у парничном поступку, Наша законитост 44/7-8 (1990), 856-871
- Најман, Георг*, Коментар грађанског парничног поступка I-II, Београд (1935) [*Најман*, Коментар I-II]
- Ненадић, Боса*, О неким аспектима односа уставних и редовних судова, у: *Ненадић, Боса* (прир.), Улога и значај Уставног суда у очувању владавине права, Београд (2013), 71-111 [*Ненадић* у: Улога и значај Уставног суда]
- Недељковић, Бранислав М.*, Примена новог Грађанског парн. поступка, Архив за правне и друштвене науке XLVII (1935), 207-219
- Нинковић, Моника*, Поступак пред првостепеним судом, Анали Правног факултета у Београду LI/1-2 (2004), 218-228
- Палачковић, Душица*, Парнично процесно право, Крагујевац (2004) [*Палачковић*]
- Перић, Живојин М.*, Сведоци као доказно средство у новом југословенском грађанском судском поступку, Београд (1934) [*Перић*, Доказивање сведоцима]
- Петровић-Шкоро, Вида*, Нужност измене Закона о парничном поступку, Билтен ВСС 3/2009, 353-360.
- Петровић, Драгољуб*, Материјално управљање парницом, Анали Правног факултета у Београду IX/1-2 (1963), 170-176
- Петровић, Здравко М.*, Начело пружања правне помоћи неугој странци у парничном поступку, Гласник АКВ 4/1984, 20-27;
- Петрушић, Невена / Симоновић, Драгољуб*, Коментар Закона о парничном поступку, Београд (2012) [*Петрушић/Симоновић*]
- Познић, Боровоје / Бачић, Фрањо / Вражалић, Михајло*, Коментар Закона о парничном поступку, Београд (1957) [аутор у: *Познић/Вражалић/Бачић*]
- Познић, Боровоје / Ракић-Водинелић, Весна*, Грађанско процесно право, 15. издање, Београд (1999) [*Познић/Ракић-Водинелић*¹⁵]
- Грађанско процесно право, 16. издање, Београд (2010) [*Познић/Ракић-Водинелић*¹⁶]
- Познић, Боровоје*, Белешке уз Збирку судских одлука за 1968. и 1969. годину, Анали Правног факултета у Београду 1971, 172-187;
- Грађанско процесно право, Београд (1962) [*Познић*]
 - Коментар Закона о парничном поступку према тексту Закона из 1976. године са доцнијим изменама и допунама, Београд (2009) [*Познић*, Коментар]
 - Нека питања другостепеног парничног поступка, Архив за правне и друштвене науке LXXI/2 (1956), 103-202;
 - Поводом одредаба Закона о парничном поступку о признању чињеница, Зборник Правног факултета у Загребу 10 (1960), 269-278;
 - Пресуда због изостанка, Анали Правног факултета у Београду IV (1956), 272-289;

- Утицај кривичне пресуде на парницу, *Анали Правног факултета у Београду* XXXIX/1-3 (1991), 249-263
- Да ли је потребна реформа југословенског парничног законодавства, *Правни живот* 1-2/1996, 67-96
- Раванић*, Да ли странка може одустати од већ саслушаног сведока, *Гласник АКВ* 10/1960, 18-23;
- Радоман, Душан П.*, Тутање као основ претпоставки, *Гласник АКВ* 5/1961, 2-6;
 - Правна природа приговора подељене кривице, *Гласник Адвокатске коморе Војводине* 8/1971, 22-29;
- Рајовић, Велибор*, Начела парничног, ванпарничног и извршног права, *Правни живот* 12/2003, 5-31;
 - Расправно начело по ЗПП, *Правни живот* 5-6/1960, 1-18;
- Ракић-Водинелић, Весна*, Ново грађанско процесно законодавство у Србији, у: *Новине у грађанским поступцима, Зборник радова (2005) 5 и след.* [*Ракић-Водинелић* у: *Новине у грађанским поступцима*]
 - Ревизија против пресуде, *Нови Сад* (1995) [*Ракић-Водинелић*, Ревизија]
 - Закон о парничном поступку Србија 2011, *Правни записи II* (2011), 515-567
 - Тумачење уговора – правно или чињенично питање, *Анали Правног факултета у Београду* 6/1984, 859-863
- Ракић-Водинелић, Весна / Милошевић, Милош / Павловић, Ивана*, Закључци са расправе о изменама Закона о парничном поступку, *Београд* (2004) [*Ракић-Водинелић/Милошевић/Павловић*]
- Салма, Марија*, Претходно питање у грађанском судском поступку, *Нови Сад* (1995) [*М. Салма*, Претходно питање]
 - Пресуда због изостанка, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* XLVI/2 (2012) 143-156;
 - Пресуда због пропуштања, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* XXXIX/3 (2005), 217-229;
- Свирановић, Горан*, Парница са елементом иностраности и еволуција доказног поступка у Југославији, у: *Табороши, Светислав* (ур.), *Србија – хватање корака: прилози пројекту Конституисање Србије као правне државе* (1997) 95-116 [*Свирановић* у: *Конституисање Србије као правне државе*]
- Станковић, Гордана / Петрушић, Невена*, *Новине у грађанском процесном праву, Ниш* (2005) [*аутор* у: *Новине у ГПП*]
- Станковић, Гордана*, *Грађанско процесно право, 6. издање, Београд* (2004) [*Г. Станковић*⁶]
 - *Грађанско процесно право, 7. издање, Ниш* (2007) [*Г. Станковић*⁷]
 - Ново парнично процесно право Републике Србије, *Право* 2-3/2005, 3-21;
 - Погрешно и непотпуно утврђено чињенично стање као разлог за жалбу у парничном поступку, *Бранич* 1-2/2005, 25-36;
 - Предговор, у: *Закон о парничном поступку, 3. издање, Београд* (2012) [*Г. Станковић, ЗПП*³]
 - Пресуда без одржавања расправе, *Право – теорија и пракса* 11/2005, 3-9
 - Припремање промена Закона о парничном поступку, *Анали Правног факултета у Београду* LI/1-2 (2004) 205-217;
 - Терет доказивања, *Зборник Правног факултета у Нишу* XLVII (2006), 1-10;
 - Преглед основних процесних начела парничне процедуре, *Правни информатор* 2/2012, 13-18

- Пресуда без одржавања расправе, Правни информатор 10/2013, 45-52
- Материјалноправни приговори, Избор судске праксе 7-8/2009, 20-23
- Доказно решење у судској пракси, Правни информатор 9/2007, 7-11
- Станковић, Обрен / Орлић, Миодраг*, Стварно право, 9. издање, Београд (1996) [*О. Станковић/Орлић, Стварно право*⁹]
- Старовић, Боровој / Кеча, Ранко*, Грађанско процесно право, 3. издање, Нови Сад (2004) [*Старовић/Кеча*³]
- Стојановић, Зоран*, Кривично право, Општи део, 16. издање, Београд (2009) [*Стојановић, Кривично право*¹⁶]
- Трива, Синиша / Белајец, Велимир / Дика, Михајло*, Грађанско парнично процесно право, 6. издање, Загреб (1984) [*Трива/Белајец/Дика*⁶]
- Трива, Синиша / Дика, Михајло*, Грађанско парнично процесно право, 7. издање, Загреб (2004) [*Трива/Дика*⁷]
- Трива, Синиша* (ур.), Ново парнично процесно право, Загреб (1977) [*аутор у: Ново ППП*]
- Трива, Синиша*, Истражно начело у брачним споровима, Зборник Правног факултета у Загребу 7 (1957), 314-325;
 - Маргиналије уз тзв. пресуду због изостанка, Зборник радова Правног факултета у Загребу 10 (1960), 286-296;
 - Одлука суда да страна уговорница преда опћини оно што је примила по основи забрањеног уговора, у: *Црнић, Златко* (ур.), Грађанско парнично право у пракси, Зборник радова, Загреб (1989), 116-136 [*Трива у: ГПП у пракси*]
 - Основни проблеми поступка у брачним споровима, докторска дисертација – Правни факултет у Загребу, необј. (1956) [*Трива, Основни проблеми*]
 - Грађанско процесно право I, 2. издање, Загреб (1972) [*Трива, ГПП I*²]
 - Есеј о отвореном правосуђењу, у: *Трива, Синиша* (ред.), Ново парнично процесно право, Загреб (1977), 209-225 [*Трива, Есеј о отвореном правосуђењу*]
- Ћосић*, Информативно саслушање странака (чл. 82 ЗПП), Гласник АКВ 7/1960, 13-20;
- Узелац, Алан*, „Материјална истина“ – искривљено огледало једне теорије истине у судском поступку, Зборник Правног факултета у Загребу 42 (1992), 419-432;
 - Истина у судском поступку, Загреб (1997) [*Узелац, Истина*]
 - Терет доказивања, Загреб (2003) [*Узелац, Терет доказивања*]
 - Kroatien – Rezeption des Ideenguts von Franz Klein als Aufgabe für die Zukunft?, in *Rechberger, Walter H.* (Hrsg), Die Entwicklung des Zivilprozessrechts in Mittel- und Südosteuropa seit 1918 (2011), 175-201 [*Uzelac in: Entwicklung des Zivilprozesses*]
 - Kroatien, in: Beschleunigung des zivilgerichtlichen Verfahrens in Mittel- und Osreuropa, Wien-Graz (2004), 67-121 [*Uzelac in: Beschleunigung*]
 - Refoming Mediterranean Civil Procedure: is there a need for a shock therapy?, in: *Van Rhee / Uzelac* (eds.), Civil Justice between Efficiency and Quality: From Ius Commune to the CEPEJ (2008), 71-99 [*Uzelac in: Civil Justice between Efficiency and Quality*]
 - Turning Civil Procedure Upside Down: From Judges' Law to Users' Law, in: Tweehonderd jaar/Bicentenaire Code de Procédure civile (2008) 297-309 [*Uzelac in: Bicentenaire Code de Procédure civile*]
- Џини, Дарко*, О неким кључним тачкама проблематике и терету доказивања у грађанској процесној правој теорији, Зборник Правног факултета у Загребу 40 (1990), 731-749;
 - Систематика учења о терету доказивања у југославенској теорији грађанског процесног права, Зборник Правног факултета у Загребу 40 (1990), 289-311;
 - Тезе теоретичара грађанског процесног права о терету доказивања и нека отворена питања, Зборник Правног факултета у Загребу 40 (1990), 175-191;

- Цуља, Срећко*, Грађанско процесно право Краљевине Југославије, Београд (1936) [*Цуља, ГПП КЈ*]
- Чалија, Бранко / Омановић, Сањин*, Грађанско процесно право, 2. издање, Сарајево (2000)
- Чалија, Бранко*, *Beneficium povogum* и ефикасност грађанског судовања, Годишњак Правног факултета у Сарајеву XI (1973), 53-63;
- Грађанско процесно право, Сарајево (1980)
 - Мјесто истражног начела у савременим грађанским поступцима, Годишњак Правног факултета у Сарајеву XX (1972), 183-198;
 - Начело слободне оцене доказа, докторска дисертација – Правни факултет у Београду, необј. (1965) [*Чалија, Слободна оцена доказа*]
 - Однос начела истине према начелу диспозитивности, Годишњак Правног факултета у Сарајеву IV (1966), 147-169;
 - Правна и чињенична питања у процесну примене права, Годишњак Правног факултета у Сарајеву XV (1967), 293-313
 - Функција и правна природа правила о терету доказивања, Годишњак Правног факултета у Сарајеву XXXIII (1985), 9-20;
- Чизмовић, Милисав*, Грађанско процесно право, 2. издање, Титоград (1988)
- Шкулић, Милан / Илић, Горан*, Нови Законик о кривичном поступку – како је пропала реформа: шта да се ради, Београд (2012) [*аутор у: Како је пропала реформа*]
- Allen, Ronald J. / Köck, Stefan / Riechenberg, Kurt / Resen, Toby D.*, The German Advantage in Civil Procedure: A Plea For More Details and Fewer Generalities in Comparative Scholarship, *Northwestern University Law Review* 82 (1987-88), 705-762
- Alternativkommentar zur Zivilprozeßordnung*, Neuwied-Darmstadt (1987) [*Bearb. in: Ak-ZPO*]
- Althammer, Christoph*, Der Einfluss fremder Rechtsordnungen auf die Entwicklung des deutschen Zivilprozessrechts, in: *Geimer, Reinhold / Schütze, Rolf / Garber, Thomas* (Hrsg), *Eurpäische und internationale Dimension des Rechts: Festschrift für Daphne-Ariane Simotta*, Wien (2012) 443-456 [*Althammer in: FS Simotta*]
- Mindeststandards im Zivilprozess, *Zeitschrift für Zivilprozess* 126 (2013), 3-38.
- Arens, Peter*, Zur Aufklärungspflicht der nicht beweisbelasteten Partei im Zivilprozeß, *Zeitschrift für Zivilprozess* 96 (1983), 1-24
- Ballon, Oskar J.*, Das Zurückweisungsrecht des Gerichts bei nachträglichem Parteivorbringen, in *Nakamura, Hideo* ua (Hrsg), *Festschrift für Kostas E. Beys*, Bd. 1, Athen (2003), 75-91 [*Ballon in: FS Beys I*]
- Der Einfluß des Verfassung auf das Zivilprozeßrecht, *Zeitschrift für Zivilprozess* 96 (1983), 409-486
 - Einführung in das österreichischen Zivilprozessrecht, 12. Auflage, Graz (2009) [*Ballon*¹²]
- Baumbach, Adolf / Lauterbach, Wolfgang*, *Zivilprozessordnung*, bearbeitet von *Albers, Jan / Hartmann, Peter*, 62. Auflage, München (2004) [*Bearb. in: Baumbach/Lauterbach, ZPO*⁶²]
- Baumgärtel, Gottfried*, Treu und Glauben im Zivilprozeß, *Zeitschrift für Zivilprozess* 86 (1973), 353-372
- Baur, Fritz*, Funktionswandel des Zivilprozesses?, in: *Gernhuber, Joachim* (Hrsg), *Tradition und Fortschritt im Recht*, Festschrift zum 500jährigen Bestehen der Tübinger Juristenfakultät, Tübingen (1977), 159-175 [*Baur in: FS Tübinger Juristenfakultät*]
- Richterliche Hinweispflicht und Untersuchungsgrundsatz, in: *Weber, Werner* ua (Hrsg), *Rechtsschutz im Sozialrecht*, Köln ua (1965), 35-46 [*Baur in: Rechtsschutz im Sozialrecht*]
 - Richtermacht und Formalismus im Verfahrensrecht, in: *Summum ius summa iniuria*, Tübingen (1963), 97-116 [*Baur in: Summum ius summa iniuria*]

- Vom Wert oder Unwert der Prozeßrechtsgrundsätze, in: Studi in onore di Tito Carnacini, II, 1, Studi di diritto processuale civile, Milano (1984), 27-40 [*Baur* in: Studi in onore di Carnacini II/1]
- Wege zu einer Konzentration der mündlichen Verhandlung im Prozeß, Berlin (1966) [*Baur*, Wege zur Konzentration mündlicher Verhandlung]
- Vereinbarungen der Parteien über präjudizielle Rechtsverhältnisse im Zivilprozeß, in: *Bettermann, Karl August / Zeuner, Albrecht* (Hrsg.), Festschrift für Eduard Bötticher, Berlin (1970), 1-11 [*Baur* in: FS Bötticher]
- Bayer, Hieronymus v.*, Vorträge über den gemeinen ordentlichen Civilproceß, 8. Auflage München (1858) [v. *Bayer*, Vorträge⁸]
- Becker-Eberhard, Ekkehard*, Grundlagen und Grenzen des Verhandlungsgrundsatzes, in: *Yildirim, Kamil M.* (Hrsg), Zivilprozessrecht im Lichte der Maximen, Istanbul (2001); 15-35 [*Becker-Eberhard* in: Zivilprozessrecht im Lichte der Maximen]
- Zur Reform des deutschen Zivilprozessrechts, in: *Schilken, Eberhard* ua (Hrsg), Zivilverfahrensrechtliche Probleme des 21. Jahrhunderts, Remscheid (2006) 56-70 [*Schilken* in: Zivilverfahrensrechtliche Probleme]
- Bender, Rolf*, Nochmals: Zivilprozeß und Ideologie, Juristenzeitung 1982, 709-712
- Bernhardt, Wolfgang*, Die Aufklärung des Sachverhalts im Zivilprozeß, in: Beiträge zum Zivilprozessrecht, Festgabe zum siebzigsten Geburtstag von Leo Rosenberg, München / Berlin (1949), 9-50 [*Bernhardt* in: FG Rosenberg]
- Wahrheitspflicht und Geständnis im Zivilprozeß, Juristenzeitung 1963, 245-247
- Bettermann, Karl August*, Hundert Jahre Zivilprozeßordnung – Das Schicksal einer liberalen Kodifikation, Zeitschrift für Zivilprozess 91 (1978), 365-397
- Bischoff, Jan Asmus*, Tatsachenvortrag im Zivilprozessrecht, Juristische Arbeitsblätter 2010, 532-534
- Blomeyer, Arwed*, Zivilprozeßrecht, Berlin-Göttingen-Heidelberg (1963) [*Blomeyer*]
- Böhm, Peter*, Der Streit um die Verhandlungsmaxime, Jus Commune VII (1978), 136-159
 - Was will das Neuerungsverbot? Hintergrund, Funktion und Einfluß auf das Prozeßverhalten in erster Instanz, in *Rechberger, Walter / Lewisch, Peter* (Hrsg), 100 Jahre ZPO, Ökonomische Analyse des Zivilprozesses, Wien (1998), 239-248 [*Böhm* in: 100 Jahre ZPO]
- Bomsdorf, Falk*, Prozeßmaximen und Rechtswirklichkeit, Berlin (1971) [*Bomsdorf*]
- Brehm, Wolfgang*, Bindung des Richters an den Parteivortrag und Grenzen freier Verhandlungswürdigung, Tübingen (1982) [*Brehm*]
- Brox, Walter*, Allgemeiner Teil des BGB, 23. Auflage, Köln ua (1999) [*Brox*, AT BGB²³]
- Bülow, Oskar v.*, Civilprozessualistische Fiktionen und Wahrheiten, Archiv für civilistische Praxis 62 (1879), 1-96
- Brüggemann, Dieter*, Judex statutor und judex investigator, Bielefeld (1968) [*Brüggemann*]
- Cahn, Andreas*, Prozessuale Dispositionsfreiheit und zwingendes materielles Recht, Archiv für die civilistische Praxis 198 (1998), 35-71
- Canstein, Raban Freiherr v.*, Lehrbuch des Geschichte und Theorie des Oesterreichischen Civilprozessrechts I, Berlin (1880); II, Berlin (1882) [*Canstein*, Lehrbuch I-II]
- Das neue österreichische Civilprozeßrecht im Vergleich mit dem deutschen, Deutsche Juristen-Zeitung 1896, 266-268
- Chase, Oscar G.*, Legal Processes and National Culture, Cardozo Journal of International and Comparative Law 5 (1997), 1-24
- Coester-Waltjen, Dagmar*, Des Richters privates Wissen im Zivilprozess, in Festschrift zum 150jährigen Jubiläum des Areios Pagos, Bd. I, Athen (2007), 27-43 [*Coester-Waltjen* in: FS Areios Pagos I]

- Damrau, Jürgen*, Der Einfluß der Ideen Franz Kleins auf den Deutschen Zivilprozeß, in: *Hofmeister, Herbert* (Hrsg.), Forschungsband Franz Klein, Wien (1988), 157-171 [*Damrau* in: FB Klein]
- Die Entwickelung einzelner Prozeßmaximen seit der Reichszivilprozeßordnung von 1877, Paderborn (1975) [*Darmau*]
- de Boor, Hans Otto*, Die Auflockerung des Zivilprozesses, Tübingen (1939) [*de Boor*, Auflockerung des Zivilprozesses]
- Endemann, Wilhelm* Der Deutsche Civilprozess I-II, Berlin (1868) [*Endemann*, Civilprozess I-II]
- Fasching, Hans W.*, / *Konecny, Andreas*, Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen, 2. Auflage, Bd. 1-5, Wien (2000-2008) [*Bearb.* in: *Fasching/Konecny*, Kommentar I-V²]
- Fasching, Hans W.*, 100 Jahre österreichische Zivilprozeßgesetze, in *Mayr, Peter G.*, 100 Jahre österreichische Zivilprozeßgesetze, Wien (1998), 17-31 [*Fasching* in: 100 Jahre österreichische Zivilprozeßgesetze]
- Die Bedeutung des Gleichheitssatzes für das zivilgerichtliche Verfahren, in *Jelinek, Wolfgang* ua (Hrsg), Festgabe für Hans W. Fasching zum 70. Geburtstag, Wien (1993), 3-24 [*Fasching* in: FG Fasching]
 - Die Weiterentwicklung des österreichischen Zivilprozeßrechts im Lichte der Ideen Franz Kleins, in: *Hofmeister, Herbert*, Forschungsband Franz Klein, Wien (1988), 97-117 [*Fasching* in: FB Klein]
 - Die Wiederaufnahme wegen neuer Tatsachen und Beweismittel im Zivilprozeß, Juristische Blätter 1956, 245-251
 - Die Zivilverfahrensnovelle 1981, Juristische Blätter 1982, 68-131
 - Modernisierung des zivilrechtlichen Streitverfahrens, Actes zum II. Internationalen Richterkongreß in Den Haag, Den Haag (1963), 27-38 [*Fasching* in: Actes zum II. Internationalen Richterkongreß]
 - Prozessprinzipien und Reform des Zivilprozesses, in: Verfahrensgrundsätze – Verfahrensreformen im österreichischen Recht, Heidelberg-Karlsruhe (1980), 53-73 [*Fasching* in: Verfahrensreformen im österreichischen Recht]
 - Zur Auslegung der Zivilverfahrensgesetze, Juristische Blätter 1990, 779-760
 - Lehrbuch des österreichischen Zivilprozeßrechts, 2. Auflage, Wien (1990) [*Fasching*²]
- Fitting, Hermann*, Der Reichs-Civilprozeß, 10. Auflage, Berlin (1900) [*Fitting*, Civilprozeß¹⁰]
- Frohn, Peter*, Substantiierungspflicht der Parteien und richterliche Hinweispflicht nach § 139 ZPO, Juristische Schulung 1996, 243-250
- Gaul, Hans Friedhelm*, Der Zweck des Zivilprozesses – ein anhaltend aktuelles Thema –, in: *Yildirim, Kamil M.* (Hrsg), Zivilprozessrecht im Lichte der Maximen, Istanbul (2001), 68-96 [*Gaul* in: Zivilprozessrecht im Lichte der Maximen]
- Zur Frage nach dem Zweck des Zivilprozesses, Archiv für die civilistische Praxis 168 (1968), 28-62
- Gaupp, Ludwig*, Die Civilprozeßordnung für das Deutsche Reich, 2. Auflage, Freiburg i. B., I (1890); II (1892) [*Gaup*, CPO²]
- Gensler, Johann Caspar*, Handbuch zu D. Christoph Martins Lehrbuch des teutschen gemeinen bürgerlichen Processes, Erster Teil, Jena (1814) [*Gensler*, Handbuch I]
- Anmerkungen zu Mittermeier „Der neue Entwurf eines Gesetzbuches über das gerichtliche Verfahren in Civil-Rechtssachen. Bern 1819. mit Bemerkungen“, Archiv für die civilistische Praxis 3 (1820), 289-314
 - Zusatz zu Sommer „Auch etwas über das qualifizierte Geständnis“, Archiv für die civilistische Praxis 4 (1821), 27-30

- Gierke, Otto*, Rezension zu Schwartz, Johann Christoph, Vierhundert Jahre deutscher Civilprozess-Gesetzgebung, Zeitschrift für Zivilprozess 24 (1898), 445-459
- Goldschmidt, James*, Der Prozeß als Rechtslage, Berlin (1925) [*Goldschmidt*]
- Gönner, Nikolaus Thaddäus*, Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses I, 2. Auflage, Erlangen (1804) [*Gönner, Handbuch I*²]
- Gottwald, Peter*, Comparative Civil Procedure, Ritsumeikan Law Review 22 (2005), 23-35
- Der soziale Zivilprozess in der Marktwirtschaft, in: Festschrift zum 150jährigen Jubiläum des Areios Pagos, Bd. I, Athen (2007), 87-100 [*Gottwald* in: FS Areios Pagos I]
 - Comparative Civil Procedure, Ritsumeikan Law Review 22 (2005), 23-35
 - Die österreichische Zivilprozeßordnung aus deutscher Sicht, in: *Mayr, Peter G.*, 100 Jahre österreichische Zivilprozeßgesetze, Wien (1998) 179-195 [zit. *Gottwald* in: 100 Jahre österreichische Zivilprozeßgesetze]
 - Simplified Civil Procedure in West Germany, The American Journal of Comparative Law 31 (1983), 687-701
- Greger, Reinhard*, Kooperation als Prozessmaxime, in *Gottwald, Peter* ua (Hrsg), Dogmatische Grundfragen des Zivilprozesses im Gegewarten Europa, Bielefeld (2000), 77-84
- Veränderungen und Entwicklungen des Beweisrechts im deutschen Zivilprozess, BRAK-Mitteilungen 2005, 150-155
- Grunsky, Wolfgang*, Die Straffung des Verfahrens durch die Vereinfachungsnovelle, Juristenzeitung 1977, 201-207
- Prozeß- und Sachurteil, Zeitschrift für Zivilprozess 80 (1967), 55-78
 - Zivilprozessrecht, 13. Auflage, Köln-München (2008) [*Grunsky*¹³]
- Habscheid, Walther J.*, Das Recht auf Beweis, Zeitschrift für Zivilprozess 96 (1983), 306-334
- Richtermacht oder Parteifreiheit, Zeitschrift für Zivilprozess 81 (1968), 175-196
- Hahn, Bernhard*, Kooperationsmaxime im Zivilprozeß?, Köln ua (1983) [*Hahn*]
- Häsemeyer, Ludwig*, Parteienvereinbarungen über präjudizielle Rechtsverhältnisse – zur Frage der Parteiendisposition als Urteilsgrunflage, Zeitschrift für Zivilprozess 85 (1972), 207-228
- Heffter, August Wilhelm*, System des römischen und deutschen Civil-Prozeßrechts, 2. Auflage, Bonn (1843) [*Heffter, System*²]
- Heinze, Meinhard*, Partei herrschaft versus Richtermacht im Zivilprozeß, in *Nakamura, Hideo* ua (Hrsg), Festschrift für Kostas E. Beys, Bd. 1, Athen (2003) 515-543 [*Heinze* in: FS Beys]
- Henckel, Wolfram*, Gedanken zur Entstehung und Geschichte der Zivilprozeßordnung, in *Baltzer, Johannes* ua (Hrsg), Gedächtnisschrift für Rudolf Bruns, München (1980) 111-128 [*Henckel* in: GS Bruns]
- Prozeßrecht und materielles Recht, Göttingen (1970) [*Henckel*]
- Henke, Horst-Eberhard*, Die aufklärende Prozeßleitung des Zivilrichters, Juristenzeitung 2005, 1028-1034
- Herr, Robert*, Partei- und Amtsmaxime, Deutsche Richterzeitung 1988, 57-59
- Hofmann, Franz*, Prozessökonomie – Rechtsprinzip und Verfahrensgrundsatz der ZPO, Zeitschrift für Zivilprozess 126 (2013), 83-110.
- Holzhammer, Richard*, Österreichisches Zivilprozeßrecht, Wien-New York (1970) [*Holzhammer*]
- Hübner Deixler, Astrid*, Fortschritte und Rückschritte durch die Zivilverfahrensnovelle 2002, in *Nakamura, Hideo* ua (Hrsg), Festschrift für Kostas E. Beys, Bd. 1, Athen (2003), 209-228 [*Hübner Deixler* in: FS Beys I]
- Jauernig, Othmar*, Materielles Recht und Prozeßrecht, Juristische Schulung 1971, 329-334
- Verhandlungsmaxime, Inquisitionsmaxime und Streitgegenstand, Tübingen (1967) [*Jauernig, Verhandlungmaxime*]

- Zivilprozessrecht, 29. Auflage, München (2007) [*Jauernig*²⁹]
- Juhart*, Zbiranje pravnega gradiva, Pravniki XII (1957), 202-233
- Katzenmeier, Christian*, Aufklärungs-/Mitwirkungspflicht der nicht beweisbelasteten Partei im Zivilprozeß, Juristenzeitung 2002, 533-540
- Kellner, Horst*, Zur Herausbildung, Durchsetzung und Weiterentwicklung sozialistischer Prozeßprinzipien in der DDR, Neu Jistiz 1972, 185-189, 217-220
- Kellner, Horst* (Hrsg.), Zivilprozeßrecht, Berlin (1980) [*Bearb. in: Kellner*]
- Klein, Franz / Engel, Friedrich*, Der Zivilprozeß Österreichs, Mannheim-Berlin-Leipzig (1927) [*Klein/Engel*]
- Klein, Franz*, Vorlesungen über die Praxis des Civilprozesses, Wien (1900) [*Klein, Vorlesungen*]
- Pro futuro, Juristische Blätter 1891, 507 и след.
- Klicka, Thomas / Oberhammer, Paul / Domej, Tanja*, Außerstreitverfahren, 4. Auflage, Wien (2006)
- Koch, Raphael*, Mitwirkungsverantwortung im Zivilprozess, Tübingen (2013) [*Koch*]
- Köhler, Helmut*, BGB Allgemeiner Teil, 31. Auflage, München (2007) [*Köhler, BGB AT*³¹]
- Kralik, Winfried*, Die Verwirklichung der Ideen Franz Kleins in der Zivilprozeßordnung von 1895, in *Hofmeister, Herbert*, Forschungsband Franz Klein, Wien (1988), 89-96 [*Kralik in: FB Klein*]
- Langbein, John H.*, Cultural Chauvinism in Comparative Law, Cardozo Journal of International and Comparative Law 5 (1997), 41-49
- The German Advantage in Civil Procedure, The University of Chicago Law Review 52 (1985), 823-866
- Larenz, Karl*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 4. Auflage, Berlin-Heidelberg-New York (1979) [*Larenz, Methodenlehre*⁴]
- Laumenn, Hans-Willi*, Das Rechtsgespräch im Zivilprozeß, Köln ua (1983) [*Laumen*]
- Leipold, Dieter*, Beweislastregeln und gesetzliche Vermutungen, Berlin (1966) [*Leipold, Beweislastregeln*]
- Prozeßförderungspflicht der Parteien und richterliche Verantwortung, Zeitschrift für Zivilprozess 93 (1980), 237-265
- Verfahrensbeschleunigung und Prozeßmaximen, in: *Holzhammer, Richard / Jelinek, Wolfgang / Böhm, Peter* (Hrsg.), Festschrift für Hans W. Fasching zum 65. Geburtstag, Wien (1988), 329-349 [*Leipold in: FS Fasching*]
- Zivilprozeß und Ideologie, Juristenzeitung 1982, 441-448
- Lent, Friedrich*, Die Verteilung der Verantwortlichkeit unter Gericht und Parteien im Zivilprozeß, Zeitschrift für Zivilprozessrecht 63 (1943), 3-55
- Wahrheits- und Aufklärungspflicht im Zivilprozeß, Bad Oeynhausen (1942) [*Lent*]
- Leonhard, Franz*, Zur Beweislast, Zeitschrift für Zivilprozessrecht 35 (1906), 441-445
- Linde, Justin Timotheus Balthasar v.*, Lehrbuch des deutschen gemeinen Civilprozesses, 3. Auflage, Bonn (1831) [*v. Linde, Lehrbuch*³]
- Lipp, Volker*, Das private Wissen des Richters, Heidelberg (1995) [*Lipp*]
- Martin, Christoph*, Vorlesungen über die Theorie des deutschen gemeinen bürgerlichen Prozesses I, Leipzig (1855) [*Martin, Vorlesungen I*]
- Lehrbuch des deutschen gemeinen bürgerlichen Processes, 13. Auflage, Leipzig-Heidelberg (1862) [*Martin, Lehrbuch*¹³]
- McGuire, Mary-Rose*, Die materielle Prozeßleitung zwischen richterliche Hilfe und staatliche Bevormundung: § 139 dZPO und §182 f. öZPO im Vergleich, in: Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2003, Stuttgart ua (2003), 99-128 [*McGuire in: Sozialdimension des Zivilrechts*]

- Medicus, Dieter*, Allgemeiner Teil des BGB, 8. Auflage, Heidelberg (2002) [*Medicus*, AT BGB⁸]
- Menger, Anton*, Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen, 3. Auflage, Tübingen (1904) [*Menger*, Bürgerliches Recht und besitzlose Volksklassen³]
- Millar, Robert W.*, The Formative Principles of Civil Procedure, Illinois Law Review 28 (1923-24), 1-36
- Mittermeier*, Ueber des teutschrechtliche Verfahren bei dem Zeugenbeweis in Vergleichung mit dem preussischen und französischen Verfahren und den neuesten Fortschritten der Prozeßgesetzgebung, Archiv für die civilistische Praxis 5 (1822), 69-104, 177-207
- Morstadt, Karl Eduard*, Gemein-deutscher Civilproceß-Schlüssel, pragmatisch-kritischer Commentar über Linde's Civilprocess-Lehrbuch, Heidelberg (1847) [*Morstadt*, Civilproceß-Schlüssel]
- Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, hrsg. von *Rauscher, Thomas / Wax, Peter / Wenzel, Joachim*, Bd. 1, 3. Auflage, München (2008) [*Bearb.* in: MünchKommZPO³]
- Musielak, Hans-Joachim*, Die Bindung des Gerichts an die Anträge der Parteien im Zivilprozeß in *Gottwald, Peter* (Hrsg), Festschrift für Karl Heinz Schwab zum 70. Geburtstag, München (1990), 349-365
- Grundkurs ZPO, 10. Auflage, München (2010) [*Musilak*¹⁰]
 - Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozeß, Berlin-New York (1975) [*Musielak*, Grundlagen der Beweislast]
 - Gegenwartsprobleme der Beweislast, Zeitschrift für Zivilprozess 100 (1987), 385-411
- Nagel, Heinrich*, Die Grundzüge des Beweisrechts im europäischen Zivilprozeß, Baden-Baden (1967) [*Nagel*]
- Novak, Franz*, Einige Probleme des Zivilprozeßrechts, Juristische Blätter 1964, 1-17, 57-69
- Nowak, Erwin*, Richterliche Aufklärungspflicht und Befangenheit, Bochum (1991) [*Nowak*]
- Oberhammer, Paul*, Richtermacht, Wahrheitspflicht und Parteienvertretung, in: Konfliktvermeidung und Konfliktregelung, Wien (1993), 32-84 [*Oberhammer* in: Konfliktvermeidung und Konfliktregelung]
- Olzen, Dirk*, Die Wahrheitspflicht der Parteien im Zivilprozeß, Zeitschrift für Zivilprozess 98 (1985), 403-426
- Ortloff, Hermann*, Der fiscalische Strafprozeß oder ein Officialverfahren in der form des contradictorischen Untersuchungsprozesses, Leipzig (1859) [*Ortloff*]
- Paulus, Christoph G.*, Zivilprozessrecht, 3. Auflage, Berlin ua (2006) [*Paulus*³]
- Pawlowski, Hans-Martin*, Aufgabe des Zivilprozesses, Zeitschrift für Zivilprozess 80 (1967), 345-391
- Peters, Egbert*, Auf dem Wege zu einer allgemeinen Prozeßförderungspflicht der Parteien?, in: *Gottwald, Peter* (Hrsg), Festschrift für Karl Heinz Schwab zum 70. Geburtstag, München (1990) 399-408 [*Peters* in: FS Schwab]
- Richterliche Hinweispflichten und Beweisinitiativen im Zivilprozeß, Tübingen (1983) [*Peters*]
- Pimmer, Herbert*, Zur Befugnis des Richters zur Zurückweisung verspäteten Vorbringens und Beweisanbietens nach § 179 Abs 1 Satz 2 ZPO, Juristische Blätter 1983, 129-133
- Pound, Roscoe*, The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice, American Law Review 40 (1906), 729-749.
- Prütting, Hanns*, Die Grundlagen des Zivilprozesses im Wandel der Gesetzgebung, Neue Juristische Wochenschrift 1980, 361-367
- Discovery im deutschen Zivilprozess?, Anwaltsblatt 2008, 153-159

- Beweislast und Beweismaß, Der Einfluss Leo Rosenbergs und Karl Heinz Schwabs auf die Entwicklung eines modernen Beweurechts, *Zeitschrift für Zivilprozess* 123 (2010), 135-145
- Rassi, C.T. Jürgen*, Das Dogma vom Verbot des Ausforschungsbeweises, in: *Geimer, Reinhold / Schütze, Rolf / Garber, Thomas* (Hrsg), Europäische und internationale Dimension des Rechts: Festschrift für Daphne-Ariane Simotta, Wien (2012) 443-456 [*Rassi* in: FS Simotta]
- Die Aufklärungs- und Mitwirkungspflichten der nicht beweisbelasteten Partei im Zivilprozess aus österreichischer Sicht, *Zeitschrift für Zivilprozess* 121 (2008), 165-202
- Rechberger, Walter H.* (Hrsg.), Kommentar zur ZPO, 3. Auflage, Wien (2006) [*Bearb.* in: *Rechberger, ZPO*³]
- Rechberger, Walter H.*, Das Dogma von der Bindungswirkung des Geständnisses, *Österreichische Notariatzeitung* 1991, 69-74
- Der Wiedergänger – Zur Rückkehr der Bindung an strafrechtliche Entscheidungen im österreichischen Zivilprozessrecht, in: *Schilken, Eberhard / Becker-Eberhard, Ekkehard / Walter, Gerhard*, Festschrift für Hans Friedhelm Gaul, Bielefeld (1997), 539-552 [*Rechberger* in: FS Gaul]
- Die österreichische Zivilprozeßordnung an der Jahrtausendwende, in: *Mayr, Peter G.*, 100 Jahre österreichische Zivilprozeßgesetze, Wien (1998), 55-64 [*Rechberger* in: 100 Jahre österreichische Zivilprozeßgesetze]
- Die Verfahrenskonzentration im österreichischen Zivilprozess, in: *Yildirim, Kamil M.* (Hrsg), Zivilprozessrecht im Lichte der Maximen, Istanbul (2001), 1-14 [*Rechberger* in: Zivilprozessrecht im Lichte der Maximen]
- Die Ideen Franz Kleins und ihre Bedeutung für die Entwicklung des Zivilprozessrecht in Europa, *Ritsumeikan Law Review* 25 (2008), 101-110
- Rechberger, Walter H. / Oberhammer, Paul*, Executionsrecht. 5. Auflage, Wien (2009) [*Rechberger/Oberhammer, Executionsrecht*⁵]
- Rechberger, Walter H. / Simotta, Daphne-Ariane*, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts, 7. Auflage, Wien (2009) [*Rechberger/Simotta*⁷]
- Reischl, Klaus*, Der Umfang der richterlichen Instruktionstätigkeit – ein Beitrag zu § 139 Abs. 1 ZPO –, *Zeitschrift für Zivilprozess* 116 (2003,) 81-117
- Renaud, Achilles*, Lehrbuch des Gemeinen deutschen Civilproceßrechts, Leipzig (1867) [*Renaud*]
- Rensen, Hartmut*, § 139 ZPO n. F. – Stärkung der ersten Instanz oder alles beim Alten?, *Anwaltsblatt* 2002, 633-640
- Rensen, Hartmut*, Richterliche Hinweispflicht – Neutralitätspflicht und anwaltliche Vertretung als Grenzen, *Monatsschrift für Deutsches Recht* 2000, 1175-1178
- Rimmelspracher, Bruno*, Zur Prüfung von Amts wegen im Zivilprozeß, Göttingen (1966) [*Rimmelspracher*]
- Rosenberg, Leo / Schwab, Karl-Heinz / Gottwald, Peter*, Zivilprozessrecht, 17. Auflage, München (2010) [*Rosenberg/Schwab/Gottwald*¹⁷]
- Rosenberg, Leo*, Die Beweislast, 4. Auflage, München (1956) [*Rosenberg, Beweislast*⁴]
- Die Veränderung des richterlichen Gesichtspunkts im Zivilprozesse, *Zeitschrift für Zivilprozess* 49 (1925), 38-73
- Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 2. Auflage, Berlin (1929) [*Rosenberg, Lehrbuch*²]
- Saenger, Ingo* (Hrsg.), Zivilprozessordnung, Handkommentar, 2. Auflage, Baden-Baden (2007) [*Bearb.* in: Hk-ZPO², § Rn.]
- Saenger, Ingo*, Grundfragen und aktuelle Probleme des Beweisrechts aus deutscher Sicht, *Zeitschrift für Zivilprozess* 121 (2008), 139-163
- Schaefer, Thomas*, Was ist neu an der neuen Hinweispflicht?, *Neue Juristische Wochenschrift* 2002, 849-853

- Scherer, Inge*, Zweifel des Gerichts an der Wahrheit unstreitiger Tatsachenbehauptungen, Deutsche Richterzeitung 1996, 58-62
- Schilken, Eberhard*, Zivilprozessrecht, 6. Auflage, München (2010) [*Schilken*⁶]
 – Die Rolle des Richters im Zivilprozess, in: *Yildirim, Kamil M.* (Hrsg), Zivilprozessrecht im Lichte der Maximen, Istanbul (2001), 36-55 [*Schilken* in: Zivilprozessrecht im Lichte der Maximen]
- Schima, Hans*, Die Prozeßgrundsätze in heutiger Sicht, in *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, Volume secondo, Padova (1958), 457-479 [*Schima* in: *Scritti giuridici in memoria di Calamandrei II*]
- Schlosser, Peter*, Die lange deutsche Reise in die prozesuale Moderne – Zugleich eine Besprechung des Urteils des BGH vom 11.6.1990 –, Juristenzeitung 1991, 599-608
- Schmidt, Eike*, Die Verhandlungsmaxime als Methoden Problem, Demokratie und Recht 1984, 24-38
 – Partei- und Amtsmaxime im Zivilprozeß, Deutsche Richterzeitung 1988, 59-61
- Schmidt, Joachim P.*, Teilbarkeit und Unteilbarkeit des Geständnisses im Zivilprozeß, Belin (1972) [*J. P. Schmidt*]
- Schneider, Egon*, Prozessuale Folgen wahrheitswidrigen Vorbringens?, Deutsche Richterzeitung 1963, 342-344
- Schneider, K.*, Ueber richterliche Ermittlung und Feststellung des Sachverhalts im Civilprozesse, Leipzig (1888) [*K. Schneider*, Ueber richterliche Ermittlung]
- Schönfeld, Klaus Eckhard*, Zur Verhandlungsmaxime im Zivilprozess und in den übrigen Verfahrensarten, Frankfur am Main ua (1981) [*Schönfeld*]
- Schönke, Adolf*, Der Umfang der Beweisaufnahme im Zivilprozeß, in: Beiträge zum Zivilprozessrecht, Festschrift zum siebzigsten Geburtstag von Leo Rosenberg, München/ Berlin (1949), 217-227 [*Schönke* in: FG Rosenberg]
- Schöpflin, Martin*, Die Beweiserhebung von Amts wegen im Zivilprozeß, Frankfurt am Main ua (1991) [*Schöpflin*]
- Schrutka, Emil v.*, Zeugnisspflicht und Zeugnisszwang im österreichischen Civilprocesse , Wien (1879)
- Schumacher, Hubertus*, Richterliche Anleitungspflichten, Wien (2000) [*Schumacher*]
- Schumann, Ekkehard*, Die absolute Pflicht zum richterlichen Hinweis, in *Stürner, Rolf* (Hrsg), Festschrift für Dieter Leipold zum 70. Geburtstag, Tübingen (2009), 175-200 [*Schumman* in: FS Leipold]
- Seuffert, Lothar v.*, Rezension zu F. Leonhard – Die Beweislast, Zeitschrift für Zivilprozess 35 (1906), 104-112
- Sherman, Edward F.*, Dean Pound's Dissatisfaction with the 'Sporting Theory of Justice': Where Are We a Hundred Years Later?, South Texas Law Review 48 (2006-07), 983-1001
- Simotta, Daphne-Ariane*, Die Bedeutung einer strafgerichtlichen Verurteilung für den Zivilprozeß nach Aufhebung des § 268 ZPO, Österreichische Notariatzeitung 1991, 75-83
- Sperl, Hans*, Unwahrheit im Urteil, in: Festschrift für Franz Klein zu seinem 60. Geburtstage, Wien (1914), 15-49 [*Sperl* in: FS Klein]
- Sprung, Reiner / König, Bernhard*, „Iura novit curia“ und rechtliches Gehör, Juristische Blätter 1976, 1-7.
- Stadler, Astrid*, Inquisitionsmaxime und Sachverhaltsaufklärung; erweiterte Urkundenvorlagepflichten von Parteien und Dritten nach der Zivilprozeßrechtsreform, in: *Nakamura, Hideo* ua (Hrsg), Festschrift für Kostas E. Beys, Bd. 2, Athen (2003), 1625-1647 [*Stadler* in: FS Beys II]

- The Multiple Roles of Judges and Attorneys in Modern Civil Litigation, *Hastings International and Comparative Law Review* 27 (2003), 55-76
- Stein, Friedrich / Jonas, Martin*, Zivilprozessordnung, bearbeitet von *Berger, Christian / Bork, Reinhard / Brehm, Wolfgang / Grunsky, Wolfgang / Leipold, Dieter / Münzberg, Wolfgang / Oberhammer, Paul / Roth, Herbert / Schlosser, Peter / Wagner, Gerhard*. 22. Auflage, Tübingen, Bd. 1-10 (2003-2011) [*Bearb. in: Stein/Jonas, ZPO²²*]
- Stürner, Rolf / Stadler, Astrid*, Aktive Rolle des Richters, in: *Gilles, Peter* (Hrsg), *Anwaltsberuf und Richterberuf in der heutigen Gesellschaft*, Baden-Baden (1991), 173-208 [*Stürner/Stadler in: Anwaltsberuf und Richterberuf*]
- Stürner, Rolf*, Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses, Tübingen (1976) [*Stürner, Aufklärungspflicht*]
- Die Parteidisposition über Anfang, Ende, Gegenstand und Umfang des Verfahrens in Europa, in: *Anderson, Torbjörn / Lindell, Bengt* (Red.), *Festkrift till Per Henrik Lindblom*, Uppsala (2004), 659-669 [*Stürner in: Festkrift Lindblom*]
- Die richterliche Aufklärung im Zivilprozeß, Tübingen (1982) [*Richterliche Aufklärung*]
- Parteiherrschaft versus Richtermacht, *Zeitschrift für Zivilprozess* 123 (2010), 147-161
- Die Rolle des dogmatischen Denkens im Zivilprozessrecht, *Zeitschrift für Zivilprozess* 127 (2014), 271-331
- Parteipflichten bei der Sachverhaltsaufklärung im Zivilprozeß, *Zeitschrift für Zivilprozess* 98 (1985), 237-256
- Prozeßzweck und Verfassung, in: *Prütting, Hanns* (Hrsg.), *Festschrift für Gottfried Baumgärtel zum 70. Geburtstag*, Köln ua (1990), 545-552 [*Stürner in: FS Baumgärtel*]
- The Principles of Transnational Civil Procedure, *Rabels Zeitschrift* 69 (2005), 201-254.
- Verfahrensgrundsätze des Zivilprozesses und Verfassung, in *Grunsky, Wolfgang* (Hrsg), *Festschrift für Fritz Baur*, Tübingen (1981), 647-666 [*Stürner in: FS Baur*]
- Thomas, Heinz / Putzo, Hans*, Zivilprozessordnung, bearbeitet von *Reichold, Klaus / Hüßtege, Rainer*, 29. Auflage, München (2008) [*Bearb. in: Thomas/Putzo, ZPO²⁹*]
- Vollkommer, Max*, Der Grundsatz der Waffengleichheit im Zivilprozeß – eine neue Prozeßmaxime? – in: *Gottwald, Peter* (Hrsg), *Festschrift für Karl Heinz Schwab zum 70. Geburtstag*, München (1990), 503-520 [*Vollkommer in: FS Schwab*]
- Wach, Adolf*, Vorträge über die Reichs-Civilprozessordnung, 2. Auflage, Bonn (1896) [*Wach, Vorträge²*]
- Die Entwurf einer deutschen Civilprozeßordnung, *Kritische Vielterjahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* 14 (1872), 329-373, 584-606
- Vorträge über die Reichs-Civilprozessordnung, Bonn (1879) [*Wach, Vorträge*]
- Handbuch des deutschen Civilprozessrechts I, Leipzig (1885) [*Wach, Handbuch I*]
- Wagner, Gerhard*, Prozesverträge, Tübingen (1998) [*Wagner, Prozesverträge*]
- Wassermann, Rudolf*, Der soziale Zivilprozeß, Neuwied-Darmstadt (1978) [*Wassermann, Sozialer Zivilprozeß*]
- Wengerek, Edmund*, Die Grundlagen des Zivilprozeßrechts in Polen, *Juristenzeitung* 1968, 647-651
- Wetzell, Georg Wilhelm*, System des ordentlichen Civilprocesses, 3. Aufl., Leipzig (1878) [*Wetzell, System³*]
- Weyers, Hans-Leo*, Über Sinn und Grenzen der Verhandlungsmaxime im Zivilprozeß, in: *Dubischar, Roland* ua (Hrsg), *Dogmatik und Methode*, Josef Esser zum 65. Geburtstag, Kronberg/Taunus (1975), 193-224 [*Weyers in: Dogmatik und Methode*]
- Wünsche, Kurt*, Aufgaben bei der Neugestaltung des gerichtlichen Verfahrens in Zivil-, Familien- und Arbeitsachen, *Neue Justiz* 1970, 161-136

- Würthwein, Martin*, Umfang und Grenzen des Parteiinflusses auf die Urteilsgrundlagen im Zivilprozess, Berlin (1977) [*Würthwein*]
- Zettel, Günther*, Der Beibringunggrundsatz, Berlin (1977) [*Zettel*]
- Zink, E*, Ueber die Ermittlung des Sachverhalts im französischen Civilprozesse I, München (1860) [*Zink, Ueber die Ermittlung des Sachverhalts I*]
- Zöller, Richard*, Zivilprozessordnung, bearbeitet von *Geimer, Reinhold / Greger, Reinhard / Gummer Peter / Herget, Kurt / Heßler, Hans-Joachim / Philippi, Peter / Stöber, Kurt / Vollkommer, Max*, 26. Auflage, Köln (2007) [*Bearb. in: Zöller, ZPO²⁶*]
- Zuglia, Srećko / Triva, Siniša*, Komentar Zakona o parničnom postupku, I-II, Zagreb (1957) [*аутор у: Џуља/Трива, Коментар*]
- Zuglia, Srećko*, Građanski parnični postupak FNRJ, Zagreb (1957) [*Џуља, ГПП ФНРЈ*]
 – Нови парнични поступак ФНРЈ, Зборник Правног факултета у Загребу VII/2 (1957) 121-137

§ 1 Увод

I. Два традиционална начела парничног поступка у погледу прикупљања процесног материјала

Готово да свако излагање о утврђивању чињеница у судском поступку за своје исходиште има учење о силогизму. У том смислу се каже: суд утврђује чињенично стање (доња премиса силогизма), подводи је под правне норме (горња премиса силогизма), и спрам тога доноси одлуку (резултат силогизма). Овако упрошћено сагледавање судског поступка, у правном кругу коме и ми припадамо, нужно поставља даље питање које се тиче начина формирања доње премисе, док је питање горње премисе традиционално неспорно. Полази се од тога да суд познаје право и да је то његов искључиви задатак који не зависи од странака, па се зато полази од тога да је проблем већ решен. Судије су професионалци за које се подразумева да познају право.

Учење о начелима, максима поступка, и кроз њега описивање и разумевање једног поступка данас је опште добро процесне доктрине правног круга којем ми припадамо.¹ Формирање модерне процесне теорије нераскидиво је везано са учењем о максимама. Тако се и питање начина доласка до чињеничног стања веома рано уобличило у одговарајуће максиме. Данас када се говори о њима нужно се истичу два традиционална начела судског поступка према којима се на овај или онај начин може уредити питање прикупљања процесне грађе на основу које и помоћу које се формира чињенично стање. То је расправно начело, и њему антиподно истражно начело.

Расправно начело према традиционалном учењу подразумева да су само странке овлашћене да уносе процесни материјал у поступак; оне су одговорне за то, па се каже да су и одговорне за чињеничну подлогу пресуђења. Суд у расправном начелу нема никаву одговорност у том контексту, а положај му је пасиван; отуда и синоним за расправно начело – принцип пасивности суда. Обрнуто, истражно начело даје овлашћење и дужност суду да прикупља процесни материјал, упркос неактивности странака или против њихове изричите воље. Суд има дужност да истражује стање ствари, и зато је он једини одговоран за чињеничну подлогу пресуђења.

II. Постављање проблема и методологија излагања

1. Уводне напомене

Дилеме о одговарајућем начелу у погледу сакупљања процесног материјала у теоретском смислу, као и спорови у погледу питања које је заиста важеће начело једног конкретног поступка нису новијег датума, већ сасвим обратно. Чак и пре успостављања појмова расправно и истражно начело о конкретном уређењу

¹ Уп. *Stürmer ZZP* 127 (2014), 271 (276 и след., нарочито 281).

§ 1

прикупљања процесног материјала се води спор који се само интензивирао кроз векове. Исходишта су му без сумње идеолошка и везују се за фундамент учења о поступку – схватање поступка (*Prozessauffassung*). Кроз схватања о расправном или истражном начелу, односно ближе о конкретном уређењу прикупљања процесног материјала се манифестују схватања о улози и задацима парничног правосуђа, духовним стремљењима, на крају схватања о односу државе према појединцима уопште. Не без разлога се стање доктрине, али и конкретних система који су се мењали час у правцу једног начела, час у правцу другог начела, и означава као „вечити спор о расправном начелу“. Он је карактеристичан не само за немачки правни круг, већ и за домаће окружење.

2. Централна хипотеза рада

Промене схватања о конкретном моделу поступка, где питање уређења процесног материјала има једну од кључних улога, из перспективе данашње, пре свега стручне јавности, карактеристичне су за домаће стање. Тврди се да је прва југословенска кодификација прихватила аустријски, *Клајнов (Klein)* систем, тзв. комбинације расправног и истражног начела. Даље, са променама друштвеног уређења након Другог светског рата да је парнични поступак отишао пресудно у правцу истражног начела. Тако се и систем ЗПП 56/76 означава као инквизиторни, јер је у њему важило истражно начело, односно начело материјалне истине. Изричито предвиђена дужност суда да „потпуно и истинито утврди спорне чињенице“, као и овлашћење да изводи доказе по службеној дужности, данас је ослонац за наведену тезу. Уз то, изричито или прећутно, таква теза се доводи у вези и са идеолошким амбијентом. У том смислу, с обзиром да су ЗПП 56/76 донети у време социјализма, и сама „инквизиторност“ поступка и начело материјалне истине су били израз социјалистичке идеологије. Тако се долази до тезе да је поступак социјалистичке Југославије био антилибералан и да је у њему страначка аутономија, укључујући и одговорност, била маргинална.

Доношењем ЗПП 04 и напуштањем начела материјалне истине се истиче да је промењена парадигма поступка. Он више није инквизиторан, односно истражно начело не важи, већ расправно. Чини се да је једини параметар за такву оцену непостојање овлашћења суда да по сл. дужности изводи доказе. Појам који треба све то да објасни је терет доказивања, који се сада на странкама, а не као у ЗПП 56/76 на суду. У сваком случају, вредности страначке слободе и одговорности се потенцирају, што је у складу са претходном оценом о антилибералном карактеру ЗПП 56/76.

Доношењем ЗПП 2011. г., на крају, тврди се да је расправно начело доследно „афирмисано“, „спроведено“, конкретизовано“ и сл. Иако суштински ништа на редакцијском плану није мењано, ипак се наглашава промена у односу на претходно стање. Једном речју, у српском парничном поступку данас важи расправно начело, а према добром делу јавности суд има и пасивну улогу. Како је то нарочито наглашено у Образложењу Предлога ЗПП, што прихватају касније и други – суд је

арбитар који пресуђује на основу терета доказивања.² У свему томе је наглашена и промена самог концепта, па и схватања поступка, а све у циљу што већег дистанцирања од „начела материјалне истине“ или инквизиторности.

Наслов рада упућује да расправно начело као такво у српском парничном поступку постоји, и да је потребно само одредити његову конкретизацију. Томе би и одговарао устаљени начин сагледавања максима поступка у домаћој доктрини, што неизбежно важи и за питање расправног начела. Међутим, рад има сасвим другу амбицију и поред наведеног наслова. Централно питање је да ли уопште расправно начело постоји у српском парничном поступку, односно да ли је оно важећа максима. Иако се то данас узима као сасвим неупитно и готово саморазумљиво, постоје разлози за проверу. Наиме, већ постојање, односно задржавање одредби које изричито предвиђају активну улогу суда на прикупљању процесног материјала, и то у форми дужности, чини нужним испитивање тезе о „доследно спроведеном расправном начелу“. С друге стране, и означавање система ЗПП 56/76 као инквизиторног до данас није добило своју потврду, већ се чини да је то само једна паушална оцена. Према томе, уколико се говори о промени концепта – укидање извођења доказа по службеној дужности – потребно је да се претходно утврди какав је то заиста био концепт.

Резултати истраживања треба да дају јасан теоријски одговор, али уједно, управо због тога што је питање прикупљања процесног материјала изразито практично питање, треба да омогуће што боље разумевање постојећег српског парничног поступка за потребе праксе.

3. Теоретски параметри провере хипотезе

Претпоставка за проверу главне хипотезе рада је, пре свега, чисто теоретско, односно догматичко истраживање расправног начела. Баш као само начело поступка, тако је и појмовни пар расправно–истражно начело производ науке. Према томе, потребно је на првом месту да се разлучи шта заиста значи појам начела поступка, да би се потом одредио појам и смисао расправног начела. При томе, од суштинског значаја је дистинкција начела поступка у догматичком, моделском смислу, и начела у нормативном смислу. Наиме, начело у догматичком смислу подразумева екстремну могућност обликовања дате материје, док у нормативном смислу значи да једно тако схваћено начело заиста важи у датом систему, али не нужно у свом пуном капацитету. Када се говори о расправном начелу у српском парничном поступку, стога, нужно је да се претходно јасно одреди догматички појам расправног начела, да би уопште могло да се испита да ли је оно данас важеће. У том смислу је конкретизација расправног начела у виду института који су му иманентни незабилазна. Ради се о терету тврдње, признању тврдњи и субјективном терету доказивања. С друге стране, реалност савремених позитивноправних система у смислу судијске дужности питања је неопходно да се

² Образложење ЗПП, 108.

§ 1

стави у контекст добијених резултата. Наиме, питање од суштинског значаја за предмет истраживања овог рада је однос у моделском смислу постојања института који су последица расправног начела с једне стране, и судијске дужности питања с друге стране. Другим речима: Да ли постојање терета тврдње, признања тврдњи и субјективног терета доказивања, уз постојање дужности суда да странкама укаже да дефиците процесног материјала, још увек дозвољава да се говори о расправном начелу? На крају, већ на теоретском плану је потребно да се испита оправдање расправног начела. Оно се у највећој мери везује за страначку аутономију и у крајњој линији за приватну аутономију у материјалном праву. У том смислу се и поставља питање условљености уређења прикупљања процесног материјала и приватне аутономије. Уз то, значајно је и оправдање улоге суда и његовог активног или пасивног положаја.

4. Оправдање упоредноправног приступа само с обзиром на немачко и аустријско право

Упоредноправном приказу решења других држава је у овом раду посвећен значајан простор, на први поглед чак несразмеран теми истраживања. Уз то, предмет упоредноправног истраживања су само два система – немачки и аустријски – што се чини можда недовољним. Ипак, за то постоји образложење. Наиме, сплетом историјских околности домаћа процесна доктрина у потпуности је германског порекла, па је готово комплетна догматика заправо германска. Преузимање аустријског поступку 1929. г. значило је и коначно одређивање процесуалистике у смеру германског правног круга и напуштање до тада (делом) присутног француског утицаја. Данас свако ко се бави процесним правом, свесно или несвесно, барата појмовима који су се, пре свега, формирали током „конструктивне епохе“ (немачке) догматике (*konstruktive Epoche*). Исто тако, германска догматика која следи након овог периода се махом преузимала у домаћој доктрини, а тај процес још увек траје. Говорећи о начелима поступка, и то управо о расправном начелу, речено добија своју изричиту потврду. Учење о максимама поступка, онакво како постоји данас у домаћој доктрини, производ је немачке науке. Појмовни пар расправно–истражно начело представља типичан германски појам; он је настао још на почетку XIX века и развијао се само у германском правног кругу. Догматичка конкретизација расправног начела је током више од 200 година довела до јасно одређених појмова, од којих су неки код нас присутни, макар само у рудиментарном смислу, док су неки готово потпуно непознати. Проблеми који се јављају и у схватању конкретних (постојећих) установа су у Немачкој и Аустрији добрим делом решени. Све то говори у прилог нужности истраживања и више него богате немачке и аустријске науке. С друге стране, за предмет овог рада други системи, односно догматика у другим земљама, због реченог нису (толико) од значаја.

Темељно истраживање развоја схватања о расправном начелу, као и конкретног стања у немачком и аустријском систему у том погледу, треба да покаже

да идеја о расправном начелу – онако како се данас схвата за домаће стање – није прихваћена. Без обзира што је за владајућу немачку доктрину расправно начело важеће, схватање ни изблиза није исто као код нас; судија није пасивни посматрач спора, већ је саодговорни субјекат. С друге стране, суштински исто нормативно стање у Аустрији за тамошњу готово једнодушну литературу никако се не означава расправним начелом. Либерални приступ и пасивност судије су данас само историјске категорије, а развој права показује да се иде што више ка повећавању активизма суда, али уз очување слободе и крајње одговорности странака. *Клајнова* реформа аустријског поступка крајем XIX века, као и његово схватање улоге суда, данас је камен темељац савременог германског модела. Све ово је од изузетне важности, јер данашње српско парнично процесно право у погледу прикупљања процесног материјала на нормативном нивоу – свакако уз нужне разлике – садржи суштински иста решења као аустријско и немачко право. Према томе, аргументација која се даје у прилог негирању важења „доследно спроведеног расправно начела“ у овим системима је од изузетног значаја. Она је, пре свега, вредносног карактера, што је сасвим разумљиво спрам владајуће јуриспруденције вредновања. У том смислу, за схватање српског парничног поступка је потребно да се темељно истраже системи одакле на крају он сам и потиче.

Нарочита важност у упоредноправном истраживању је дата судској пракси. Пре свега, то је императив сваког упоредноправног истраживања – не истражују се само текстови закона и „право у књигама“, већ и „право у акцији“.³ Међутим, за питање расправног начела то је нужно и због чињенице да нити немачки, нити аустријски закон, не садрже одредбе које би на изричит начин регулисале основно питање: Да ли суд може да заснује своју одлуку само на чињеницама које су странке навеле?

III. Термиолошке напомене

Када један термин није увек строго исправан етимолошки, круг људи, који се тим изразом служи као једним посебним техничким средством, зна, шта се тим изразом означава, као што зна и ступањ тачности тога изражавања.⁴

Термин расправно начело је дослован превод немачког термина *Verhandlungsgrundsatz*, којег први користи *Генер (Gönner)* на почетку XIX века, када формира и антиподно начело – истражно начело (*Untersuchungsgrundsatz*). Овај назив ни тада није одговарао свој садржају, а не одговара ни данас. Њиме се не

³ У том смислу *Gottwald R. L. R.* 22 (2005), 23 (27).

⁴ *М. Марковић*, Теорија, 10.

§ 1

мисли, како би то изгледало на први поглед, да се одржава расправа пред судом.⁵ Отуда он није много речит.⁶ Због тога што не одговара ономе на шта се односи, у Немачкој временом почиње да се користи данас често коришћен синоним, *Beibringungsgrundsatz*, у преводу на српски „начело изношења“, мислећи се тиме да странке треба да износе тврдње и доказе.⁷ На српском, очигледно, ова замена за расправно начело није од користи; допуњавање у смислу „начело изношења процесног материјала“ би друге стране деловало сувише рогобатно. Начело акузорности, што неки користе као замену или синоним за расправно начело,⁸ није такође подесно првенствено због свог порекла и досадашњег значења. Оно је појам кривичног процесног права и означава кривични поступак у којем су и јавни тужилац и оптужени странке у поступку, односно где се у суду не сједињавају функције оптужбе и пресуђења; антипод му није истражно начело у значењу које има у доктрини грађанског процесног права, већ инквизиторни поступак, у којем окривљени нема положај субјекта, већ објекта поступка.⁹ Због тога треба остати при постојећој терминологији, јер је сваком ко се упознао са грађанским процесним правом јасно на шта се мисли – нити један уџбеник у последњих 80ак година се не одриче термина расправно начело. На овом примеру се показује сва вредности горе цитиране мисли *М. Марковића*, коју он допуњује са наредном:

[Н]е би било ништа лакше, него одбацити једну стару дефиницију којом нисмо потпуно задовољни; али није ништа теже, него дати једну нову дефиницију, којом би сви били задовољни [...] ако бисмо пак хтели по сваку цену ново, само зато да би се разликовали од старог, излагали бисмо се опасности, да, услед брзоплетости, непрецизности, непотпуности или једностраности, подлежући тренутној инспирацији, унесемо само једну забуну више.¹⁰

На крају, неопходно је истаћи да савремена домаћа судска пракса, под утицајем права на правично суђење из чл. 6 ЕКЉП, користи термин расправно начело када мисли на право на расправљање, односно суштински, садржај права на саслушања.¹¹ Као што је већ речено, потребе за тим нема. Јер, ако останемо без назива за ово начело, шта се нуди као замена?

⁵ *Leipold* JZ 1982, 442 (442). Но, *Генеру* се и не може приписати таква интенција, јер је јасно везао садржину начела за везаност суда за наводе странака или њихове расправе; дакле, расправе су синоним за радње странака.

⁶ *Grunsky*¹³, Rn. 40.

⁷ За покушај дистанизирања расправног начела и начела изношења, те формирања „новог“ расправног начела в. *Zettel*, 21 и след. Овај покушај није успео да добије присталице у доктрини и често је критикован; в. *Bettermann* ZZP 91 (1978), 365 (389); *Schönfeld*, 13; *Prütting* NJW 1980, 361 (362).

⁸ Тако *Узелац*, Терет доказивања, 56, додуше за хрватско стање.

⁹ Уп. *Грубач*, Кривично процесно право, Увод и општи део³ (2004), 72 и след. И у акузаторном поступку тако је могуће важење истражног начела, што је и правило у традиционалним континенталним кривичним поступцима.

¹⁰ Теорија, 10/11.

¹¹ Уп. нпр. *BCC* Rev 759/07 Билтен ВСС 2/2007, 26; *ВТС* Пж 13196/05 Билтен ВСС 1/2006, 101.

Први део
Основна теоретска питања расправног начела

§ 2 Појам начела поступка

I. Начела поступка и основи поступка

1. Уводне напомене

У савременом праву и правној науци незаобилазна категорија је начело (принцип, максима). Процесно право у том смислу не представља изузетак, и штавише, због свог предмета – поступка као сложене динамичне уређене целине – показује нарочиту зависност од начела.¹ Нема системског дела о парничном поступку које не издваја категорију начела поступка, нити се чини могућим истраживање појединог института поступка без довођења у везу са појединим начелима. Процесна наука на крају се и еманциповала тако што је из једне обичне техничке дисциплине у виду „вештине слагања списка предмета“ постала права наука,² а један од првих услова је био и тај да се потпуна зграда начела поступка мора научно развити.³ Стога се не без разлога начела поступка означавају као „скелет поступка“,⁴ носећа конструкција зграде „процесно право“⁵ и сл. У том смислу приметан је одређени стандард у излагању појма начела поступка. Нема спора да се ради о основним идејама, идејама водилама (*Leitideen*) на којима почива један поступак, односно општа правила која му дају обележја,⁶ да изражавају тежњу законодавца ка постизању одређених циљева, те да је њихов одабир у великој мери израз правнополитичких стремљења, односно да су условљена у крајњој линији одређеним духовним идејама.⁷ Другим речима, она су још од зачетка савремене процесне науке до данас „дух закона“.⁸ Исто тако, да и поред својег принципијелног карактера дозвољавају изузетке, односно да нису доследно спроведена; да имају значај у примени процесног права, јер због своје природе утичу на резултате тумачења.⁹ Међутим, каталог начела једног поступка није јединствен, и то није само

¹ О условљености уређености поступка, тиме и постојања начела, и правне државе већ *Б. Благојевић*, Начела, 74; уп. и *Baur* in: *Studi in onore di Carnacini* II/1, 27 (28 и след.).

² Уп. *Gaul* AcP 168 (1968), 27 (28); *Böhm* Ius Commune VII (1978), 136 (138); *Hahn*, 7 и след.

³ Изричито *Генер* као један од пионира процесне науке; *Gönnner*, *Handbuch* I², 177.

⁴ *Горшић*, Коментар II, 2.

⁵ *Baur* in: *Studi in onore di Tito Carnacini* II/1, 27 (40).

⁶ Уп. *Познић/Ракић-Водинелић*¹⁶, т. 211, 238. *Познић*, Коментар, 1; *Јакишић*⁶, т. 534; *Fasching*², Rn. 635; *Rauscher* in: *MünchKommZPO*³, Einl. Rn. 273; *Greger* in: *Symposium Schwab*, 77 (78).

⁷ Уп. *М. Марковић*, ГПП I/1, 63 и след.

⁸ Тако 1814. г. *Генслер*, односно 2012. г. *Г. Станковић*; *Gensler*, *Handbuch* I, 62; *Г. Станковић* ПИ 2/2012, 13 (18).

⁹ Уп. *Познић/Ракић-Водинелић*¹⁶, т. 211, 238. *Познић*, Коментар, 1; *Јакишић*⁶, т. 534; *М. Марковић*, ГПП I/1, 63 и след.; *Г. Станковић* у: Новине у ГПП, 15 и след.; *Leipold* in: *Stein/Jonas*, *ZPO*²², vor § 128 Rn. 6; *Fasching*², Rn. 635; *Hofmann* *ZZP* 126 (2013), 83 (105 и след.).

случај са домаћим правом.¹⁰ Пре се може рећи да је непостојање јединственог каталога начела једног поступка, као и појмовна и термилошка неуједначености, исто тако стандард у литератури. За такво стање се можда може навести логичан разлог: чини се да се ради о појму који не захтева појашњење и који се користи уопштено и саморазумљиво.¹¹ И поред тога – треба се сложити са *Лајполдом* (*Leipold*) – у савременој дискусији о вредностима и важењу начела не може се заузети чврсто становиште без претходног разјашњања шта се подразумева под самим појмом процесног начела.¹² Уз то, наука као таква захтева одређење појмова, што свакако важи и за процесну догматику. Иако се неспорно ради о фундаменталном појму, ретко се о начелу поступка као таквом писало и, што је важније, полемисало.¹³

2. Савремена немачка и аустријска доктрина

Доктрина која се бавила овим питањем показује сву комплексност и нијансираност појма начела поступка. У првом реду *Лајполдова* дискусија о појму начела доводи до евидентирања проблема. Иако је повод његовог излагања битно детерминисан стањем немачке науке, али и самог права, она имају значаја за процесну догматику уопште. Такође, *Фашингово* (*Fasching*) доста исцрпно разматрање појма начела поступка и заузимање ставова умногоме се ослања на *Лајполдово* схватање и у свим значајним тачкама се поклапају. У том смислу се може говорити о једном схватању. С друге стране, ово схватање се може сматрати као репрезентативно за немачку и аустријску науку – резултат који оно нуди прати дотадашњу већинску теорију, а на њега се ослања и каснија литература.¹⁴

У одређивању појма начела поступка *Лајполд* ставља акценат на две ствари. У првом реду то је раздвајање начела поступака од циљева поступка и уставноправних принципа и захтева. Покушавајући да раздвоји ове две појаве, он указује на нормативни карактер начела и, на крају, на њихову вредност. Начела се, наиме, не могу поистоветити са идејама водилама од којих полази законодавац при обликовању процесног права, јер су то визије модела, чак и описи циљева, који немају нормативни карактер. Тиме он јасно инсистира на разликовању начела поступка и циљева поступка, уставних захтева и других приципијелних вредновања процесног права, са напоменом да уврштавањем ових других у појам начела он губи своје контуре и мутира ка појму „основа поступка“.¹⁵ Начела су у том смислу

¹⁰ Број начела поступка драстично варира, од 22 код *Г. Станковић*, до 9 код *Јакишића*; уп. *Г. Станковић*⁷, 221 и след.; *Јакишић*⁶, т. 535.

¹¹ У том смислу *Leipold* in: in *FS Fasching*, 329 (330).

¹² *Leipold* in: *FS Fasching*, 329 (330).

¹³ Уп. *Schima* in: *Scritti giuridici in memoria di Calamandrei II*, 457 (460), који истиче да дивергентно одређивање појмова и терминологије начела у литератури често ненамерно води до неспоразума, што би могли да припишемо и недостатку полемике управо у погледу појма „начело поступка“.

¹⁴ За последње исцрпније истраживање појма начело поступка в. *Hoffmann ZfP* 126 (2013), 83 (99 и след.).

¹⁵ *Leipold* in: *Stein/Jonas, ZfP*²², vor § 128 Rn. 3

инструменталног карактера у односу на циљеве.¹⁶ Не тако изричито, али суштински исто, *Фашинг* раздваја опште основне принципе правног поретка и правосуђа с једне стране, и начела поступка с друге стране.¹⁷ Линија разграничења између начела и основа поступка није, међутим, порекло начела или његов ранг (устав или закон). Супротно, начела се независно од тога препознају према области на које се односе, а то је уређење тока поступка и расподела задатака између суда и странака.¹⁸ То је управо и друга ствар коју акцентује *Лајполд*.¹⁹ Дакле, начела поступка су основне вредносне замисли законодавца које имају нормативни карактер и које се манифестују на уређење тока поступка и расподелу улога између суда и странака.²⁰ Стога није начело поступка нпр. непристрасност судија или право на правосуђе (право на приступ суду).²¹ Последњи критеријум за обојицу је исти, а то је да начела не морају бити изричито као таква предвиђена уставом или законом, већ да се она могу „извући“ из низа појединачних одредаба.²² Но, није свако правило истовремено начело, већ само оно које је „темељна вредносна одлука законодавца“,²³ односно оно које „изражава нарочито значајну одлуку правног поретка“. ²⁴ Значајно је истаћи нијансирање *Лајполда* у смислу образлагања изузетака од начела, где долази до изражаја његово нормативно схватање. Наиме, важење начела допушта изузетке, све док изузеци не постану правило, или у најмању руку не буду у истој равни са начелом. Али, једно начело не допушта да поред њега у истој врсти поступка важи начело које је њему контрадикторна супротност.²⁵

Пажња у дефинисању појма начела поступка у немачкој и аустријској науци је условљена једним значајним разлогом. За разлику од већ сада традиционалног и дубоко укорененог законодавног приступа код нас, немачки и аустријски закони о парничном поступку немају на почетку „основне одредбе“ у којима би се и изричито регулисала начела. Потребно је стога поставити јасне оквире за сам појам начела поступка, како би се омогућило и одбранило сврставање конкретних максима у „каталог начела поступка“. Уз то, не треба заборавити и на један други аспект. Део немачке теорије одриче, за одређена начела, сваку вредност, па се у том смислу критикује учење о максимама уопште. Дефинисање појма начела би се тако

¹⁶ Тако и *Rauscher* in: *MüchKommZPO*³, Einl. Rn. 273. Већ и раније *Schima* in: *Scritti giuridici in memoria di Calamandrei II*, 457 (462).

¹⁷ *Fasching* in: *Fasching/Konecny*, Kommentar II/1², Einl. Rn. 2.

¹⁸ Тако и *Musielak*, Grundkurs¹⁰, Rn. 98. *Rauscher* in: *MüchKommZPO*³, Einl. Rn. 271, овде види шири појам начела поступка, док у ужи појам спадају само она начела која су карактеристична само за парнични поступак.

¹⁹ *Leipold* in: FS *Fasching*, 329 (331).

²⁰ Тако и *Musielak*, Grundkurs¹⁰, Rn. 98.

²¹ *Leipold* in: FS *Fasching*, 329 (331); *ders.* in: Stein/Jonas, ZPO²², vor § 128 Rn. 4; *Fasching* in: *Fasching/Konecny*, Kommentar II/1², Einl. Rn. 2.

²² *Leipold* in: Stein/Jonas, ZPO²², vor § 128 Rn. 6; *Fasching* in: *Fasching/Konecny*, Kommentar II/1², Einl. Rn. 1. Тако и *Greger* in: *Zöller*, ZPO²⁶, vor § 128 Rn. 2; у том смислу *Hofmann ZJP* 126 (2013), 83 (103 и след.).

²³ *Leipold* in: Stein/Jonas, ZPO²², vor § 128 Rn. 6.

²⁴ *Leipold* in: FS *Fasching*, 329 (330/331); *Fasching* in: *Fasching/Konecny*, Kommentar II/1², Einl. Rn. 2; у резултату тако и *Hofmann ZJP* 126 (2013), 83 (99).

²⁵ *Leipold* in: Stein/Jonas, ZPO²², vor § 128 Rn. 7; *ders.* in: FS *Fasching*, 329 (331).

§ 2

могло сагледати и као одговор таквом правцу, и то у складу са владајућим правцем у правној науци – јуриспруденцији вредновања. Тако се могу разумети *Лајполдова* подвлачења да се код начела ради о темељним *вредносним* одлукама законодавца, односно изричит навод да апстраховање начела из појединих одредаба и њихово коришћење за попуњавање законских празнина није повратак у појмовну јуриспруденцију, већ је управо резултат вредновања основних идеја законодавца/система.²⁶ На крају, треба истаћи да нити *Лајполд*, нити *Фашинг*, нису доследни у свом схватању, с обзиром да у каталог начела уносе нешто што је у најмању руку спорно спрам њихових ставова. Први ревидира свој ранији став да концентрација и убрзање поступка не могу бити начела, јер је то циљ ка којем се стреми,²⁷ и сада признаје постојање начела концентрације и убрзања поступка.²⁸ Други изричито формира самостално „начело првенства мериторног окончања поступка“, које подразумева да осим ако се не ради о принудним процесним нормама, друге одредбе треба обликовати, тумачити и применити у прилог мериторној одлуци, а не да се она спречава.²⁹ Спрам његовог схватања појма начела, ту се заправо не ради о начелу, већ о правнополитичком задатку и о смерници за тумачење процесних норми.³⁰

У закључку се може рећи да је у савременој немачкој и аустријској науци појам начела дефинисан тако да се ради само о нормативно израженим основним вредносним замислима законодавца у погледу обликовања тока поступка и расподеле задатака између суда и странака. Све што не спада у начела, а ипак јесте основна вредносна замисао законодавца, спада у основе поступка. Ове две категорије се свесно разликују и инсистира се на њиховом раздвајању.

3. Домаћа доктрина

У домаћој доктрини појам начела поступка, иако је незаобилазна категорија, није побудио већу пажњу. Поред тога што се као и у немачкој и аустријској доктрини истиче да су начела поступка основна, општа правила која дају печат конкретном поступку, односно да се су она инструментална у односу на одређене

²⁶ *Leipold* in: Stein/Jonas, ZPO²², vor § 128 Rn. 6; тако и *Schilken*⁶, Rn. 338; *Stürmer*, Richterliche Aufklärung, Rn. 11. О одбрани учења о начелима и одбацавању приговора враћања у појмовну јуриспруденцију већ раније *Henckel*, 118 и след.; *ders.* in: GS Bruns, 111 (122 и след.). С друге стране, и *Фашинг* напомиње, иако у Аустрији никада није ни било спора о вредности начела, да она никако нису догме; *Fasching* in: Verfahrensreformen im österreichischen Recht, 53 (54).

²⁷ *Leipold* in: FS Fasching, 329 (332).

²⁸ Уп. *Leipold* in: Stein/Jonas, ZPO²², vor § 128 Rn. 4 Fn. 3: иако се ради о циљу, максима убрзања и концентрације кроз различите институте даје одређени садржај току поступка и подели улога између суда и странака; начелни значај убрзања и концентрације се кроз признавање такве максиме подвлачи.

²⁹ *Fasching*², Rn. 719; *ders.* in: *Fasching/Konecny*, *Kommenar* II/1², Einl. Rn. 65; с позивом на њега и *Fucik* in: *Rechberger*, ZPO³, vor § 171 Rn. 12.

³⁰ То на крају закључује и сам *Фашинг* на другом месту, јер критеријум „првенства мериторног одлучивања“ наглашава као један од значајних метода циљног тумачења; *Fasching* JB1 1990, 749 (754 и след.). За немачку доктрину, где је наведено искључиво метод тумачења процесног права, уп. *Vollkomer* in: *Zöller*, ZPO²⁶, Einl. Rn. 99 са даљим упућивањима нарочито на праксу.

циљеве, што значи и да су правнополитички условљена, чини се да се управо разводњава појам начела поступка у правцу „мутирања у основе поступка“. Наиме, у добром делу литературе се изричито заступа став да су циљеви поступка, названи и у том смислу „постулати правне заштите“, истовремено и начела поступка.³¹

Разлог за такав приступ појму начела поступка се може евентуално пронаћи у околности да сви домаћи закони који уређују парнични поступак од ЗПП 56 садрже „основне одредбе“ у којима су регулисана поједина традиционална начела поступка, али у којима су садржане и начелне одредбе које би управо биле израз основа поступка у *Лајполдовом* смислу. У том смислу се чини да се онда и такав приступ законодавца схвата као изричито регулисање начела поступка. Другим речима, све што је у основним одредбама уједно је и начело.³²

4. Закључак: нужност разликовања начела поступка и основа поступка

Појам начела је искључиво научни појам. Без обзира на технички приступ законодавца начело може да буде само нешто што потпада под појам начела. Ту се и види основна грешка дела доктрине, а то је да се независно од појма начела – који заправо и није свесно формиран – идентификује све оно што је законодавац предвидео у Основним одредбама ЗПП. Тако се, заправо, негира и сам појам начела, јер законодавац намеће науци своје схватање: све што он замисли да стави у основе одредбе треба да буде начело. Но, ако је то исправан метод, онда је доктрина недоследна. Примера ради, у основним одредбама је предвиђена везаност парничног суда за чињенична утврђења кривичног суда из правноснажне пресуде којом се оптужени оглашава кривим, и то у погледу постојања кривичног дела. Међутим, начело „о везаности суда за пресуду кривичног суда којом се оптужени оглашава кривим“ овај правац теорије није формирао. Ипак, супротно, за овај део доктрине постоји „начело о мирном решавању спорова“.³³ У сваком случају овакав приступ није исправан, јер већ и сам законодавац не говори о „основним начелима“, већ о „основним одредбама“. Ту се показује да је нужно правити разлику између начела поступка и других појава, пре свега основа поступка. У том смислу са правом *Лајполд* и *Фашинг* напомињу да су то одвојене категорије. Прво, уколико се и основе поступка као програмски циљеви квалификују као начела поступка, онда је појам начела разводњен и губи се смисао. Друго, из таквог разводњавања појма долази до гломазног каталога начела. И овде се види недоследност, јер ако се полази од идентификације постулата правне заштите и уопште свих основних вредносних замисли законодавца, онда је нужно постојање додатних начела, што није случај у

³¹ Тако *М. Марковић*, ГПП I/1, 63, изричито напомиње да су „брзина и јефтиноћа“, као и „правилност пресуде“, врховна начела поступка уопште; *Трива* још јасније изражава такав став, када истиче да се „нека од процесних начела односе непосредно на одређене квалитете постулиране правне заштите“, што би било начело економичности, законитости, тражења истине, везаности за правноснажне акте надлежних органа, док друга начела имају изразито инструментални карактер у односу на већ одређени циљ; уп. *Трива*, ГПП I², 84; *Трива/Белајец/Дика*⁶, 89/90.

³² Тако изричито *Познић*, Коментар, 1.

³³ Тако *Г. Станковић* ПИ 2/2012, 13 (17).

доктрини.³⁴ Примера ради, ако би се претендовало на доследност, онда је нужно формирање и даљих начела (нпр. начело правне сигурности [правноснажности], начело једнакости, начело заштите јавног интереса, начело двостепености и др.).

Уколико су основне идеје и вредности начела поступка, то би значило да се и поједина традиционална начела морају редефинисати и у том смислу „извући из њих“ посебне вредности. Тако, примера ради, за домаћи систем се поуздано може рећи и да је основна вредност и заштита јавних, општих интереса, јер се не може дозволити да странке својом вољом – посредно или непосредно – доведу до пресуде која у свом садржају противречни принудним прописима, јавном поретку, моралу и добрим обичајима. Консеквентност таквог уређења (нема изузетака) показује да је и то основна вредносна замисао, па стога би било одговарајуће и начело заштите јавних интереса. С друге стране, уколико су и „постулати правне заштите“ исто што и начела поступка, онда доследност захтева да се сваком од постулата додели појединачно начело. Као што је речено, у највећем броју случајева то и јесте тако, али, примера ради, идентификовање није потпуно – у каталогу начела недостаје и начело правноснажности, с обзиром да је основни постулат правне заштите и правна сигурност. Стога је и правац у теорији који изричито идентификује постулате правне заштите и начела поступка недоследан.

Смисао јасног разграничења начела и основа поступка је у издвајању општих правила која се односе на расподелу улога у парници и његово обликовање. Начело поступка је, дакле, само она основна и темељна вредносна замисао која има потенцијал да се непосредно нормативно манифестује на таквом плану. Све остало су програмски циљеви, постулати, па и вредносне замисли, које имају изузетан значај, али које управо немају непосредан нормативни капацитет у назначеном смислу. И ове категорије – скупно назване основи поступка – итекако утичу на тумачење права и попуњавање правних празнина, али то не значи да су уједно начела поступка.

II. Двозначност појма начело поступка: нормативно и догматичко значење

1. Постављање проблема

Једно од неупитних одређења приликом разматрања начела поступка уопште је теза да у највећем броју случајева једно начело у конкретном поступку није до својих крајњих граница конкретизовано, примењено, остварено. Управо спрам тога, и то у виду доста присутне тезе домаће доктрине да у позитивноправном поретку важи једно начело, које је ипак ограничено својим антиподом, јавља се потреба да се истакне двозначност појма начела поступка. Одређење да начело има нормативни карактер – што није спорно ни у домаћој науци – а да притом оно није „чисто“, или да постоје изузеци – показује да постоје два значења појма начела поступка. Прво је начело у догматичком смислу, а друго је у нормативном значењу. Између њих

³⁴ Мора се напоменути да *Г. Станковић* као најрепрезентативнији представник овог схватања и најдоследније формира каталог начела, и то је разлог због чега је број начела код ње највећи – 22; уп. *Г. Станковић*⁷, 221 и след.

постоји фундаментална разлика. Јер, као када се говори о начелима уопште мора се претходно знати шта је начело, тако и када се говори о конкретном начелу претходно се мора знати његов појам. Тек када се зна његов појам, што је искључиво задатак науке, може се говорити о нормативном значењу таквог начела.

2. Начело у догматичком (моделском) значењу

Начело у догматичком значењу подразумева конкретно начело као могући модел уређења материје на коју се оно односи. Отуда се може говорити и о моделском значењу појма. Ради се о имагинарном моделу, јер га ствара наука, и постоји у том смислу само као теоретска опција. На то се мисли када се каже да је начело поступка могућа оријентациона тачка уређења поступка.³⁵ За овакво значење појма начела је карактеристично да је оно увек чисто, без изузетака, и да с друге стране, барем у већини случајева, подразумева и свој антипод, који је опет чист модел. У сваком случају, још једном наглашавамо, начело у моделском смислу је искључиво производ науке. Она је развила појмове конкретних начела дајући им садржину. Законодавац при уређивању конкретног поступка или користи већ готове резултате науке и свесно заснива своју одлуку на претходно изграђеном конкретном појму начела поступка, или уређује једну материју несвесно, а наука сходно свом задатку из таквог следа формира према својим методолошким правилима једно начело. Међутим, и тада оно остаје модел.

Тако успостављена начела служе не само као *tertium comparationis* у упоредноправним истраживањима³⁶ већ и као унапред дати појмови на основу којих се посматра један систем и поставља питање: Колико је такво моделско начело остварено у њему?

3. Начело у нормативном значењу

За разлику од моделског схватања начела, у нормативном значењу оно постаје важећа максима једног поступка. Ради се о томе да спрам догматичког појма једног начела оно налази потврду у једном систему. Отуда инсистирање *Лајнолда*, али и других, да се ради о нормативном карактеру начела. Управо због тога је и могуће да моделско начело није доследно спроведено, а да се ипак каже да важи начело под тим именом. Дакле, ту се и види разлика о којој се увек мора водити рачуна. Реалност потреба једног конкретног система у највећем броју случајева не дозвољава да се једно начело апсолутизује, а опасност постоји ако се изједначава моделско и нормативно схватање. Јер, ако постоје изузеци од моделског начела, они се не смеју гледати као страном телу с позивом на важење начела. Изузеци су свесна одлука законодавца – или би тако требало да буде – који имају и свој циљ. Али то уопште не доводи до тога да се негира начело у нормативном смислу. Супротно

³⁵ Тако *Henckel* in: *GS Bruns*, 111 (125).

³⁶ Уп. *Nagel*, 27 и след.

схватање јесте догматизам и враћање у појмовну јуриспруденцију, где се све логички може дедуковати из начела.

Једно моделско начело може имати нормативни карактер уколико је очувана идеја и смисао које стоје иза њега. Све док се изузетима не угрожава принципијелни (општи) карактер, може се рећи да начело постоји. Уколико то више није случај, не може се говорити ни о постојању начела. Због тога *Лајполд* исправно наглашава да није могуће да у једном поступку постоје два начела која су антиподна.³⁷ Наиме, може се рећи да је законодавац при уређењу одређене материје конкретизовао антиподна начела, али само док се то схвата моделски. Међутим, ако се говори о важећем начелу, онда није могуће да се каже да она (антиподна начела) равноправно важе, па макар и за поједине ситуације. Задатак науке у погледу начела се не завршава проналажењем конкретизације моделских антиподних начела, већ се мора извести на чисто шта је важеће начело. Уколико се ради о таквој комбинацији антиподних моделских начела, у којој више нема правила и изузетка, онда је за то потребан нов модел, јер он и одсликава важеће начело.

III. Расправно начело као начело поступка

Расправно начело у потпуности показује нужност разликовања начела поступка и основа с једне стране, и двозначност појма начела поступка с друге стране.

Пре свега, расправно начело подразумева да странке имају иницијативу у погледу прикупљања процесног материјала, односно обратно да суд нема такво овлашћење. Стога расправно начело без сумње спада у појам начела поступка, јер се односи на расподелу задатака између суда и странака. Оно као вредносна замисао законодавца њу не изражава директно, али има нормативни капацитет. *Лајполд* своју тезу о томе управо и показује на расправном начелу, јер се оно не зове слобода и одговорност странака што је вредносна идеја на коју се оно са своје стране враћа.³⁸ Међутим, за разлику од других вредносних идеја расправно начело има нормативни капацитет, јер је његова директна и искључива последица уређење правила поступка у погледу расподеле задатака суда и странака. Супротно, примера ради, начело о суђењу у разумном року нема такав нормативни капацитет, иако је вредносна идеја.³⁹ Због тога и не постоји такво начело.

Ако се гледа историја процесне науке види се да је расправно начело једно од првих начела поступка. Његово стварање од стране *Генера* с друге стране показује и потврђује нашу тезу о двозначности појма начело, што се до данас данас и манифестује. Наиме, овде треба само рећи да појам расправног начела настаје прво у догматичком смислу као чисти модел, и то заједно са својим антиподом

³⁷ *Leipold* in: Stein/Jonas, ZPO²², vor § 128 Rn. 7; *ders.* in: FS Fasching, 329 (331).

³⁸ *Leipold* in: FS Fasching, 229 (330).

³⁹ Супротно у резултату, међутим, део домаће доктрине; уместо свих *Г. Станковић*⁷, 240 и след.

(истражним начелом), а тек онда се просуђује да ли оно важи у једном систему или не. У овом другом погледу, већ сам *Генер* истиче оно што је до данас неспорно у немачкој доктрини, а то је да је могуће постојање једног начела са изузецима без да се доводи у питање његово постојање. До данас се то потврђује, јер чисто расправно начело какво га је *Генер* створио као модел никада није било важеће начело. Па ипак се говори о расправном начелу као важећем, са каснијим оградама да оно није апсолутизовано. Јасно се, дакле, види разлика између моделског и нормативног поимања. У том смислу већ можемо да поставимо питање да ли је исправно схватање дела домаће доктрине које говори о важењу и расправног и истражног начела у једном конкретном систему. Расправно начело може да важи и поред постојања изузетака, све док они не доводе у питање опстанак вредносне замисли која стоји иза њега. Или у чисто квантитативном смислу, све док је оно редовно, док је оно правило у односу на изузетке. Такви изузеци, уколико су конкретизација моделског истражног начела, не дозвољавају да се призна његово постојање. Сматрамо да је разлог за овакво схватање недовољно развијено учење о појму начела и неувиђање разлике између моделског начела и важећег начела. У резултату се овакво истраживање своди на идентификовање појавних облика антиподних моделских начела у конкретном систему, али без јасног дефинисања које начело важи. Тиме се на крају и негира нормативни карактер једног начела, јер да би га имало, оно пре свега мора да важи као целина која опет управо због тога што се више не ради о замишљеном моделу, већ живом систему, дозвољава изузетке. Али ти изузеци – и то је најважније – нису важеће истражног начела.

На основу реченог у наредном делу пажња ће се поклонити основним теоретским питањима расправног начела, кретајући се у чисто моделским (догматичким) оквирима. Потребно је прво да се одреди појам расправног начела, а да се потом и изложе институти који су нужна последица моделског расправног начела. Потом, што је можда и најважнији сегмент овог дела рада, потребно је да се испита да ли је замислив и други, различити појам начела који се односи на сакупљање процесног материјала, а у којем само странке имају право да износе процесни материјал, али у којем истовремено постоји и подстрекачка дужност суда.

§ 3 Појам расправног начела

I. Старија процесна доктрина: од настанка појма до осамостаљивања начела диспозиције

1. Генерово формирање начела

Готово свако подробније разматрање расправног начела у немачком правном кругу, одакле је и потекао појам, почиње или барем спомиње *Николауса Тадојса Генера (Nikolaus Thaddäus Gönner)*,¹ баварског процесуалисте с преласка XVIII у XIX век. За њега се везује настанак појма расправног начела, с обзиром да је први формирао начело са таквим називом; штавише, истовремено је формирао и његов антипод – истражно начело. То, међутим, не значи да садржина начела тада није обрађивана, те да се нису водиле расправе. Оно што је трајна заслуга *Генера* је уобличавање појмова у погледу којих ће се све до данас обрађивати садржај који им је дат. Осим тога, то је и формирање два модела парничног поступка.²

Пре него што се изложи његово стварање и схватање расправног начела, потребно је да се истакне *Генерова* теоријска припадност, како би се у правом светлу могао и разумети његов „изум“, те се касније могле схватити дискусије о расправном начелу као важећем начелу у немачком праву. Наиме, био је припадник природноправне школе, и то рационалистичке варијанте, што је видљиво готово на сваком кораку његовог изучавања права. Целокупно право полази од права разума, а позитивно право је форма у којој оно налази свој израз. Спрам тога он и обрађује позитивно право: у њему тражи разум и на тај начин показује водећа начела и правне принципе на основу којих је оно састављено.³ Његов методолошки приступ *Бомсдорф (Bomsdorf)* реконструираше као тростепени мисаони процес, у којем први корак представља формирање појмова кроз *a priori* сазнање, други проналажење и потврђивање постојања таквих појмова у позитивном праву, и трећи обрађивање решења позитивног права која одударају од успостављеног принципа.⁴ Први корак је карактеристичан за природноправни правац и у том смислу овде је од највећег значаја. То је на крају и највећа грешка *Генера*, барем према мишљењу његових критичара.⁵

На описаним премисама *Генер* 1801. г. у свом „Припручнику општег немачког поступка“ формира расправно и истражно начело.⁶ Као конкретан повод за то обично се наводи доношење пруског Општег судског поступка (*preußische Allgemeine Gerichtsordnung*), који је изричито предвиђао активност суда на расветљавању чињеничног стања, за разлику од тадашњег општег права (*gemeines*

¹ Пуно име је *Николаус Тадојс витез од Генера (Nikolaus Thaddäus Ritter von Gönner)*.

² *Böhm Ius Commune VII* (1978), 136 (143).

³ Уп. *Bomsdorf*, 112 и след.

⁴ *Bomsdorf*, 114 и след.

⁵ Уп. *Bomsdorf*, 116/117, 183 и след. са даљим упућивањима.

⁶ *Gönner*, *Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses I* (1801), 253 и след.; у овом раду се користи друго издање овог дела из 1804. г., обзиром да је оно допуњено у односу на прво.

Recht). Поред тога, као додатна претпоставка истиче се и претходно објављени радови Гролмана (*Grolman*), првог искључивог процесуалисте природноправног правца.⁷ Међутим, конкретни поводи не треба да замагле његов методолошки поступак, па се не може рећи да је формирање начела резултат упоређивања ПОСП и општег права, већ се мора увек имати на уму његов мисаони процес опредељен природноправном методологијом.

Претходно закључујући да се поступак мора заснивати на једном врховном начелу, а то је изгледа за њега циљ поступка – спровођење приватних права⁸ – напомиње да се комплетно уређење (ред) судског поступка мора заснивати на једном општем начелу, које се мора подударати са чистим правилима разума, и што је важно истаћи, да се потпуна зграда начела мора научно развити.⁹ Међутим, он не формира само једно начело које би одговарало разуму, већ два – расправно и истражно. Оба начела су складна разуму, и воде истом подређеном циљу, а то је стварање уверења судије о истини правнорелевантних чињеница.¹⁰ Расправно начело у том смислу није само максима да поступак у грађанским споровима не почиње по сл. дужности. Расправно начело је укратко, како он то изричито наводи, максима „ништа по службеној дужности“ (*nichts von Amts wegen*); она се односи на цео поступак, у свим његовим деловима – од почетка до краја. Ту је сваки корак судије одређен и условљен наводима странака; не може да узме у обзир ниједан доказ који није странка предложила, а у чињеничном делу спора ограничен је на оно што странке наведу. У савременој терминологији странке имају, пре свега, субјективни терет доказивања.¹¹ У погледу оправдања термина „расправна максима“ он истиче да је то

општа максима која се поставља за цео судских поступак у свим његовим деловима и која се може назвати *расправним начелом*, јер све зависи од навода странака или њихових *расправа* (курз. аутора).¹²

Супротно од расправног начела је истражно начело, односно максима „све до сл. дужности“ (*alles von Amts wegen*). Под њим подразумева да од тренутка подизања тужбе судија све ради по сл. дужности, и то у свим деловима поступка; он не поступа зависно од позива странака и његова је дужност да утврди чињенице које су основ спора.¹³ Тако он није ограничен на страначка тврђења у погледу чињеница, као ни на њихове доказне предлоге;¹⁴ опет, према савременој терминологији субјективног терета доказивања нема, већ правила о објективном терету доказивања

⁷ О томе опширно *Bomsdorf*, 122 и след.

⁸ Тако *Bomsdorf*, 125 и след., иако сам истиче да *Генер* то не наводи изричито. Уп. и *Böhm Ius Commune VII* (1978), 136 (146 и след.).

⁹ *Gönnner*, *Handbuch I*², 177.

¹⁰ *Gönnner*, *Handbuch I*², 181 и след.

¹¹ Уп. *Gönnner*, *Handbuch I*², 214; уп. *Böhm Ius Commune VII* (1978), 136 (148).

¹² *Gönnner*, *Handbuch I*², 183: *Nichts von Amts wegen ist hier die allgemeine Maxime [...] für das ganze gerichtliche Verfahren in allen seinen Theilen aufgestellt wird, und welche man die Verhandlungsmaxime nennen kann, weil alles von dem Vorbringen der Parteien, oder von ihren Verhandlungen abhängt* (курз. аутора).

¹³ *Gönnner*, *Handbuch I*², 183 и след.

¹⁴ *Gönnner*, *Handbuch I*², 214 и след.

(ризиком недоказаности) ступају на сцену тек када покушаји судије да утврди истину доказивањем остану без резултата.¹⁵ С обзиром да се све то предузима у оквиру једне судијске истраге, он ову максиму и назива истражно начело.¹⁶

Темељна разлика између расправног и истражног начела није, што се никао не може ни приписати *Генери*, одречна подела искључивих задатака између суда и странака, тако да би истражно начело подразумевало да странке нису овлашћене да постављају тврдње, нити да предлажу доказе. Другим речима, истражно начело не значи инквизиторни модел поступка у којем бу странке биле само његови објекти, а не субјекти. Странке су и у истражном начелу овлашћене за то, али суд није везан њиховом активношћу.¹⁷ Разлика је у томе да ли је суд поврх странака овлашћен, штавише дужан да „истражује“ истину. Стога је расправно начело једна негација, забрана за суд; отуда код *Генера* и формулација ништа по сл. дужности. На тај начин се већ формира ово начело и до данас се у том смислу и види једно од главних дејстава максиме – инхибиторијум за суд. Сам *Генер* приказујући истражно начело у пруском ОСП то и потврђује, и наводи овлашћења странака да износе процесни материјал не као изузетак од начела, већ као његов део.¹⁸

Иако у овом делу рада не би требало да буде говора о оправдању расправног начела, за *Генера* треба направити изузетак. Наиме, он оправдава расправно начело слободом располагања приватним правима и то проширује на целокупан поступак, а не само на његово покретање; држава штити само оно што се као своје тражи и судија користи само таква средства којима се жели издејствовати спровођење (материјалног) права.¹⁹ Због тога он говори о ограничениости судије на оно што му странке изнесу и предложе. Обрнуто, а то је важно, и истражно начело је условљено истом логиком. Ту странка покретањем поступка (тужилац) или оспоравањем захтева (тужени) стављају до знања да не желе да се одрекну права, па држава има дужност да употреби сва средства како би се донела пресуда. Дакле, и истражно начело је за њега резултат слободе располагања приватним правима, и због тога је и оно у складу са разумом. У том смислу, веома је важно истаћи, за *Генера* расправно начело није логичка нужност слободе располагања субјективним правима, тј. аргумент „природе спорне ствари“ није логичка нужност расправног начела.

У погледу *Генеровог* схватања садржине начела веома је важно истаћи, што се ако не често, онда повремено превиђа у науци, да он не схвата расправно начело у данашњем смислу.²⁰ Тежиште садржаја расправног и истражног начела он заиста види у расподели овлашћења између судије и странака у погледу утврђивања чињеница у поступку; рекло би се *sedes materiae* начела је зона овлашћења и активности процесних субјеката у проналажењу истине, што на почетку свог методолошког поступка и сам наводи. Ипак, на другим местима касније у садржај

¹⁵ Уп. *Gönnner*, Handbuch I², 216.

¹⁶ *Gönnner*, Handbuch I², 184.

¹⁷ То исправно истиче, додуше за савремени појам расправног начела, *Damrau*, 20.

¹⁸ *Gönnner*, Handbuch I², 197 и след.

¹⁹ Уп. *Gönnner*, Handbuch I², 183.

²⁰ На то се већ упозорава у литератури; *Damrau*, 32; *Böhm Ius Commune VII* (1978), 136 (142); *Lepold JZ* 1982, 441 (442).

расправног начела уноси и питања која се данас везују за друга начела. Тако овде спада и страначко кретање парнице (*Parteibetrieb*), као и могућност диспонирања предметом спора – данашње начело диспозиције.²¹ Једном речју, расправно начело подразумева комплетну зависност суда од самовоље странака, али са једном значајном оградом. Примена права, укључујући и тумачење, не чини садржај ове максиме, јер је суд у тој области и у овом моделу у потпуности независан од воље странака.²² С друге стране, спрам реченог, чини грешку и недоследан је. За истражно начело – иако је антипод расправном начелу – не истиче да је његова садржина и немогућност располагања предметом спора. Код овог начела се зауставља на томе да се оно тиче независног истраживања чињеничног стања (невезаност признањем тврдњи, тврдњама и доказним предлозима странака).²³

На крају треба истаћи и да је *Генеру* непозната подела на формалну и материјалну истину, односно он не везује једно или друго начело за ове „врсте истина“. Судаћи по *Бомсдорфу* (*Bomsdorf*), и једно и друго начело за *Генера* воде истом резултату, а то је само формална истина, као подређени циљ поступка.²⁴ Разлог за то је свакако околност да је легална оцена доказа владајућа у оба поступка која он покушава да упоређује (пруски ОСП и општи поступак).

2. Самостални живот начела: три правила и везивање за формалну истину

Након стварања максима оне се, како се то сликовито али и са правом говори, одвајају од његовог творца и имају свој самостални живот.²⁵ Теорија брзо почиње да користи откриће *Генера* и почиње да се интензивно бави овом проблематиком. Засад који је пружио *Генер* и поред напуштања природноправног правца „уродио је плодом“ и утро је пут схватању поступка путем принципа, начела. На крају, помало и пејоративно, о интезитету бављења начелима и њиховом значају у науци говори се о манији максимама (*Maximenmanie*) која је трајала све до краја века, па можда и данас. У нешто прикладнијем тону такав правац се означава као мишљење максимама (*Maximendenken*).²⁶ У сваком случају, у овом периоду не само да настаје расправно начело, већ се оно трајно усађује у процесну науку. Оно је постало *начело* парничног поступка и он се, већином, кроз њега и сагледава.

Период развоја расправног начела по питању његовог садржаја карактерише принципијелно настављање *Генеровог* схватања уз одређене дораде. Основна карактеристика је инсистирање на садржини начела која подразумева и данашње

²¹ Уп. *Gönnner*, Handbuch I², 235 и след.

²² *Gönnner*, Handbuch I², 180 и след. Наиме, зависност суда у погледу примене права од воље странака, у данашњем виду максима *iura novit curia*, *Генер* априорно одбацује као замислив модел, јер није у складу са „чистим (и) непроменљивим законом разума“.

²³ Важно је ипак истаћи да све ово што наводи је моделско поимање начела и да он сам дозвољава изузетке и позитивном праву. Зато је за њега изузетак од истражног начела које постоји у пруском ОСП везаност суда за признање тврдњи, које је иначе у том време доказно средство.

²⁴ Уп. *Bomsdorf*, 128 и след.

²⁵ *Бомсдорф* то уверљиво показује, с обзиром да је најопсежније реконструисао схватање расправног начела од *Генера* до доношења јединственог немачког закона (1877. г.); уп. *Bomsdorf*, 192

²⁶ Уп. *Wassermann*, Sozialer Zivilprozeß, 108.

начело диспозиције, страначко кретање парнице и расправно начело.²⁷ Изворно ништа по сл. дужности се сада схвата као скуп три правила, изражена у још и данас коришћеним латинским сентенцама, које су заправо правила рецепираног средњовековног римског права.²⁸ Прво, *ne procedat iudex ex officio* што би требало да обухвати активност суда током целокупног поступка. Друго, *ne eat iudex ultra petita partium*, чиме се изражава оно што је данас садржина начела диспозиције. И треће, *iudex secundum allegata et probata, non secundum conscientiam iudicare debet*, које се трансформише због писмености тадашњег поступка у *quod non est in actis, non est in mundo*.²⁹

Но, ако се наведено занемари, па се садржина начела посматра са дашањег аспекта, уочљива је друга ствар – постепено уобличавање садржине и смисла који су и данас актуелни. Теорија се у великој мери бавила расправним начелом и додатно је прерадила *Генерову* основну поставку „ништа по сл. дужности“. Рудиментарна садржина начела (везаност за страначке тврдње и доказне предлоге) добија нови смисао. Тако се она објашњава, прво, фикцијом одрицања од тражене заштите, дакле диспонирањем предметом спора. Власт странака у погледу чињеничног материјала као и код *Генера* објашњава се кроз последицу непостављања тврдњи или непредлагања доказа у смислу одрицања од (материјалног) права, или изричито као право располагања чињеничним материјалом.³⁰ Дакле, ради се о посредном диспонирању предметом спора у данашњем смислу. На исти начин се и формулише одговорност странака. Само од њих зависи да ли ће чињенично стање одговарати правом стању ствари, тј. од њих зависи да ли ће се пресудом постићи материјална правичност, а не само формална, што је у расправном начелу сасвим могуће и одраз је природе спора.³¹ Због тога оне морају, ако желе, да се побрину да „њихово право изађе на светло дана“. ³² Уз то, битан елемент расправног начела је и везаност суда за признање тврдњи; уколико постоји, судија мора узети без доказивања да је тврдња истинита.³³ Овако гледано расправно начело показује своју праву слику. Судија не сме да истражује чињенично стање, и странке имају власт у погледу њега; оне га саме формирају, постављају могуће оквире и од њих зависи да ли ће се оно утврдити, а све је то један вид диспонирања субјективним правом. Једноставније речено, странке располажу основом судске когниције.³⁴ Уједно, странке сnose одговорност за исправан мериторни резултат. Супротно, истражно начело подразумева обавезу суда да мимо држања странака утврди истину, и да тиме постигне резултат – материјалну правичност, што није ништа друго до што би се данас назвало правилном или законитом пресудом. Због тога се након *Генера* губи његова основна концепција да је и истражно начело прикладно за парнични

²⁷ В. нпр. v. *Linde*, Lehrbuch³, 206; *Fitting*, Civilprozeß¹⁰, 95; *Wach*, Vorträge, 40; *ders.*, Vorträge², 53.

²⁸ Уп. *Millar* Illinois Law Review 18 (1923-24), 1 (10 са даљим упућивањима).

²⁹ Репрезентативно *Bayer*, Vorträge⁸, 32; *Renaud*, 181 и след.

³⁰ Уп. *Martin*, Vorlesungen I, 131, 137.

³¹ Уп. *Orloff*, 2; *Martin*, Vorlesungen I, 137; *Endemann*, Civilprozess I, 365.

³² *Martin*, Vorlesungen I, 137.

³³ *Martin*, Vorlesungen I, 127; *Endemann*, Civilprozess II, 769 Fn. 18; *Fitting*, Civilprozeß¹⁰, 95.

³⁴ *Endemann*, Civilprozess I, 395 и след.

поступак и постављени циљ (спровођење приватних права), и оно се приписује кривичном поступку.³⁵ Овакво виђење садржине расправног начела се може образложити чињеницом да се оно у целости посматрало као власт странака која има своје оправдање у могућности диспонирања спорним материјалним правом. Другим речима, унутрашња веза диспонирања чињеничним стањем и диспонирања предметом спора била је пресудна да се све могућности странака да располажу, посредно или непосредно, спорним правом у парници сврстају у једно начело, и то под називом расправно начело. Опет, и овде вреди исто што је речено и за *Генера*, идеја о правилу *iura novit curia* је присутна.

Друга битна ствар у погледу схватања расправног начела у овом периоду је идеја о формалној истини, и то независно од конкретног метода оцене доказа. У том смислу је расправно начело принцип формалне истине, а истражно материјалне, односно оба начела се везују за циљ поступка, а то су управо наведене две врсте истине. Тако се етаблирало идентификовање начела са „истинама“, што се дуго након тога задржало у теорији,³⁶ понегде и до данас.³⁷ Парнични поступак са расправним начелом је етикетиран као поступак где се утврђује формална истина, и штавише и сам циљ поступка је формална истина;³⁸ утицај странака на формирање чињеничног стања, првенствено путем признања, али и кроз постављање тврдњи и предлагање доказа, довео је стога до идеје о формалној истини, што се ни до данас није у потпуности превладало. При томе се није мислило на метод оцене доказа, већ на утицај странака на утврђивање истине. Због тога се и након увођења слободне оцене доказа још увек инсистирало на томе да је материјална истина никако није циљ парничног поступка.³⁹

3. Каништајново схватање

Из данашње перспективе дифузно схватање ране процесне доктрине, с обзиром на обухватање и данашњег начела диспозиције појмом расправне максиме, први пут *Каништајн* (*v. Canstein*) 1877. г. јасно оспорава, чиме поставља основу за данашње готово општеусвојено схватање. Наиме, у својим „Рационалним основама парничног поступка“, позивом на *Ортлофа* (*Ortloff*), указује да је при формирању начела *Генер* сврстао правила различитог порекла.⁴⁰ Управо три гореспоменута правила исказана у виду латинских изрека он сврстава због различите функције у три засебна начела – начело страначког кретања парнице, начело диспозиције и расправна максима. Под последњим он подразумева да

³⁵ *Martin*, Vorlesungen I, 125; *Wach*, Vorträge², 199; уп и. *Bomsdorf*, 160 са даљим упућивањима.

³⁶ Типично *Живановић*, Основни проблеми II, 13, 53 и след.

³⁷ У домаћој доктрини разликовање је превладано различитим теоријским приступима, али се делом задржало у теорији кривичног процесног права; уп. *Грубач*, Кривично процесно право, Увод и општи део³ (2004), 297.

³⁸ Уп. *Bomsdorf* 163 и след.

³⁹ Репрезентативно *Wach*, Vorträge², 199.

⁴⁰ *Canstein*, Die rationellen Grundlagen des Civilprozesses (1877), 198 Fn. 9, цит. према *Canstein*, Lehrbuch I, 21 Fn. 27; уп. и *Bomsdorf*, 175.

чињенични и доказни материјал (такође) зависи од воље, односно понуде странака, и да суд не сме да буде активан по сл. дужности против воље странака у погледу утврђивања спорног односа, те не сме да користи своје приватно знање (*judici fit probatio; quod non est in actis non est in mundo; judex secundum allegata et probatia judicare debet, non secundum conscientiam*).⁴¹

Канинтајнова подела се означава данас као „коначна подела расправне максиме и начела диспозиције“.⁴² Са тим се треба само с резервом сложити, и то ако се гледа *Канинтајнова* заслуга из данашње перспективе. Наиме, његова подела не одговара данашњем схватању, по којем се расправна максима и начело диспозиције јасно одвајају. За њега се ради о једном начелу које се заснива на слободи располагања странака предметом спора – начело диспозиције у ширем смислу, и обухвата три наведена ужа начела; због тога постоји и „начело диспозиције у ужем смислу“.⁴³ Према томе, расправно начело и начело диспозиције нису коначно подељени, јер још увек улазе у оквире једног начела. Ако се тако гледа на то, онда произилази да је *Канинтајн* само дотадашњу појаву само другачије терминолошки дефинисао. Уместо расправног начела као скупног појма, сада се јавља начело диспозиције. Оно се потом дели на уже целине, уже максиме. Међутим, управо у томе се огледа заслуга *Канинтајна*, јер је дотадашњи појам расправног начела изделио на три целине спрам њихове функције. Он је успео да из дотадашњих неименованих правила уобличи нова подначела, чиме је поставио темеље данашњој систематици.

Канинтајнова схватање се није одмах прихватило у доктрини.⁴⁴ Не само да се, као што је речено, расправно начело схватало у ширем смислу све до краја XIX века, па и у првој половини XX, већ је и овај покушај изричито критикован. *Вах* (*Wach*) истиче да се у таквом резонавању губе оштри логички резони и коректно грађење појмова, те да се тиме не добија „никакав подупирујући поклон“; чини се, штавише, да се једна идеја одређује са различитим изразима.⁴⁵ Јасно се види да тадашња доктрина која је са слободом располагања странака образлагала потребу и важење расправног начела није видела никакву потребу да се садржај „расправног начела“ цепа у посебне максиме.

Међутим, време је показало да *Канинтајнова* подела постало „опште добро“ процесне догматике, и да је представљало основ за коначно и потпуно раздвајање начела која су раније била део јединственог расправног начела. Начело диспозиције је појмовно одвојено од расправног начела, и чини се да то је заиста јединствен став. Нема схватања која би изричито негирала самосталност ова два начела. Област формалног управљања парницом се одвојила у посебно начело у немачкој и

⁴¹ *Canstein*, Lehrbuch I, 20/21.

⁴² То је резултат пре свега *Бомсдорфовог* истраживања, који и други прихватају; уп. *Bomsdorf*, 161; *Leipold JZ* 1982, 441 (442).

⁴³ *Canstein*, Lehrbuch I, 20 и след.

⁴⁴ Недуго после објављивања схватања, истиче да је његово схватање прихватио у потпуности *Ендеман* (*Endemann*), али да *Шпрука* (*Schrutka*) није; *Canstein*, Lehrbuch I, 21 Fn. 27.

⁴⁵ *Wach*, Vorträge, 40 Fn. *.

аустријског доктрини,⁴⁶ док се она у домаћој литератури сврстава у начело официјелности као антипод начела диспозиције.

Важно је на крају истаћи да је *Каништајн* извршио огроман утицај на домаћу доктрину, што се и данас још увек препознаје. Пре свега, њега у потпуности следе српски процесуалисти – *Ђорђевић*⁴⁷ и *Аранђеловић*.⁴⁸ С друге стране, што је и предмет следећег дела, удаљени ехо „начела диспозиције у ширем смислу“ је једна од карактеристика дела савремене домаће доктрине.

II. Савремена доктрина

1. Садржина и смисао расправног начела

А. Заједничка нит: питање иницијативе; принципијелна раздвојеност од начела диспозиције

За данашњу доктрину, како домаћу, тако и германску, заједнична нит у садржини расправног начела се може видети у одређењу да се оно односи на прикупљање процесног материјала, односно тиче се иницијативе за његово прибављање. У том смислу је јединствено схватање да расправно начело подразумева да само странке постављају чињеничне тврдње и да само оне предлажу доказе; суд нити сме да заснује пресуду на некој чињеници коју странке кроз своје тврдње нису „унеле“ у поступак, нити сме да ради утврђивања истинитости страначких тврдњи изводи доказе по сл. дужности. Међутим, за одређивање потребе доказивања спрам воље странака – признање тврдњи – влада (несвесни) спор у погледу припадности расправном начелу.

Исто тако, чини се да је неспорно да је расправно начело на појмовном плану раздвојено од начела диспозиције; оба начела се засебно представљају у уџбеницима и коментарима закона. Међутим, пре свега у домаћој литератури, и поред наведеног влада став о расправном начелу као начелу диспозиције примењеном на прикупљање процесног материјала. У томе се и види веза са *Каништајновим* учењем.

Б. Домаћа теорија: уже и шире схватање; везаност за начело диспозиције

Садржај расправног начела у домаћој теорији, али и пракси у мери у којој се и она бавила догматичким питањима, нема јединствено одређење, и у том смислу не постоји консензус. Може се рећи да постоји уже и шире схватање, иако само постојање разлика нити код једног, нити код другог до сада није евидентирано. По ужем схватању у садржину расправног начела улази само везаност суда за страначке

⁴⁶ *Rechberger/Simotta*⁷, Rn. 407.

⁴⁷ Теорија II², т. 301 и след.

⁴⁸ ГПП I, 13.

тврдње и доказне предлоге.⁴⁹ По ширем, поред наведеног ту спада и везаност суда за неспорне тврдње странака, тј. питање потребе за доказивањем.⁵⁰

Уже схватање суштину расправног начела види у томе да странке имају иницијативу за изношење процесног материјала, који иначе подразумева чињеничне тврдње и доказна средства. У том смислу расправно начело је пре свега радна метода која се користи да би се прикупио процесни материјал и образовало чињенично стање.⁵¹ На исти начин и шире схватање расправног начела резонује, јер је расправно начело пре свега радна метода. С друге стране, суштина расправног начела за оба сватања је у одговорности за прикупљање процесног материјала, и у том смислу одговорност за потпуно и правилно формирање чињеничног стања; ако странке, и само оне прибављају процесни материјал, оне и сnose одговорност ако не унесу у поступак сву потребну грађу. Међутим, ни питање одговорности странака се не сагледава на баш идентичан начин. Док *Јакшић* одговорност везује за тачност пресуђења,⁵² остали одговорност виде у терету странке, дакле у одговорност према себи самој у контексту повољног мериторног исхода. У том смислу се као крајњи резултат њихове пасивности истиче губитак парнице.⁵³

За уже схватање појма расправног начела је карактеристично да се оно схвата само као одговорности, док друга страна садржаја – позитивна страна – заправо представља део начела диспозиције. У том смислу је развијена теза о „располагању процесним материјалом“ што је тек једно од овлашћења из корпуса начела диспозиције.⁵⁴ С обзиром да за уже схватање и изричита страначка детерминација елемената чињеничног стања – признање тврдњи – и не улази у расправно начело, оно је у потпуности израз начела диспозиције. Заједничко за располагање процесним материјалом и признање тврдњи у смислу припадности начелу диспозиције је то да се ради о тзв. посредним располагањима предметом спора, за разлику од непосредних располагања у виду признања/одрицања од тужбеног захтева и судског поравнања. Разлика је у томе што се код посредних располагања утицајем на чињенично стање остварује и утицај на садржај пресуђења, док је то код непосредних искључено, и радна располагања директно утиче да садржај пресуђења.⁵⁵

У основи се може препознати разлог за наведено схватање. Расправно начело се сагледава само као радна метода и питање иницијативе за прикупљање процесног

⁴⁹ *Цуља*, ГПП ФНРЈ, 85 и след.; *Трива/Белајец/Дика*⁶, 139; *Г. Станковић*⁷, 228 и след.; *иста* ПИ 2/2012, 13 (15); *Старовић/Кеча*³, 121 и след.; *Кеча*⁵, 121.

⁵⁰ *Познић/Ракић-Водинелић*¹⁶, т. 244; *Јакшић*⁶, т. 578; *М. Јанковић* у: *М. Јанковић и др.*, Коментар³, 19; *Рачић*, 269.

⁵¹ *Г. Станковић* у: Новине у ГПП, 20; *Трива/Белејец/Дика*⁶, 138 и след.; *Кеча*⁵, 136.

⁵² *Јакшић*⁶, т. 567.

⁵³ *Трива/Белајец/Дика*⁶, 140/141; *Познић/Ракић-Водинелић*¹⁶, т. 245; *Г. Станковић*⁷, 230.

⁵⁴ *Г. Станковић*⁷, 226; *иста* у: Новине у ГПП, 17, 20; *иста* ПИ 2/2012, 13 (14); у том смислу и *Трива/Белајец/Дика*⁶, 100 и след. *М. Марковић* сврстава „располагање процесним материјалом у начело диспозиције, али га онда у потпуности одваја у расправно начело, чиме се показује очигледан утицај *Канитајновог* схватања; уп. *М. Марковић*, Теорија, 62/63, 69. Но, и они који су се изричито изјаснили за шире схватање појма расправно начело, исто тако говоре о располагању процесним материјалом као делу начела диспозиције; тако *Рачић*, 38 и след.

⁵⁵ *Трива/Белајец/Дика*⁶, 106.

материјала, па сходно томе свако право странака једноставно не улази у њега; обрнуто, све што се тиче права странака, спадало би у начело диспозиције (располагања). На то се даље надовезује и садржина правила расправног начела гледана као право странака да посредно детерминишу садржај пресуђења. Стога, могућност да странке својом вољом детерминишу садржај пресуде, било то непосредно или посредно путем детерминисања чињеничног стања, довољан је разлог да се сва таква овлашћења подведу под скупни појам тзв. материјалних процесних диспозиција, те и да буду израз начела диспозиције. У резултату се према томе може рећи да је расправно начело час засебно начело, ако се поставља техничко питање ко прибавља процесни материјал, односно ако се поставља питање одговорности за његово пробављање, или час део начела диспозиције, ако се поставља питање позитивне стране правила у виду тезе о располагању процесним материјалом. Признање тврдњи, односно питање потребе доказивања, за уже схватање расправног начела је у потпуности израз начела диспозиције.

Шире схватање другачије сагледава појам и суштину расправног начела. Прво, у његов садржај спада, као што је и речено, и питање потребе доказивања. Ако се то подведе под питања за које се везује расправно, али и истражно начело, по ширем схватању поред питања „Како суд долази до грађе на основу које образује чињенично стање?“⁵⁶, поставља се и питање „Од кога зависи потреба доказивања?“⁵⁶, односно „о којим чињеницама суд изводи доказе?“⁵⁶ За шире схватање није спорна и позитивна страна ових правила у смислу да се ради о посредним диспозицијама предметом спора, али то не доводи на појмовном плану њиховог сврставања у начело диспозиције. Оно је резервисано за питања покретања поступка, предмета одлучивања и окончања поступка вољом странака.⁵⁷

Аутономну позицију има *Грубиша*, и донекле *М. Марковић*, који су заправо изричити настављачи *Каништајновог* схватања. Наиме, и један и други полазе од једног ширег појма начела диспозиције или начела располагања, у који спадају како начело диспозиције у ужем смислу, тако и расправно начело.⁵⁸

Домаћа судска пракса се, нажалост, традиционално не бави догматичким питањима, па чак ни када сама одлука зависи од њих. У том смислу је ретка појава да се само расправно начело и спомиње. Ипак, има и таквих одлука, за које је и поред термилошке конфузије заједничко да се расправно начело дефинише у ужем смислу, јер се уопште не спомиње и питање потребе доказивања као његов део. Тако већ у предратном периоду *СтС Б.* изричито дефинише расправно начело као принцип по којем је суд везан за тврдње странака.⁵⁹ Много касније, *СС* иде у истом смеру када везује појам расправног за питање иницијативе за извођење доказа.⁶⁰ Данас *УС* у низу одлука дефинише расправно начело као „начело

⁵⁶ Уп. *Познић/Ракић-Водинелић*¹⁶, т. 244; *Јакшић*⁶, т. 578; *М. Јанковић* у: *М. Јанковић* и др.³, Коментар, 19.

⁵⁷ Уп. *Јакшић*⁶, т. 566.

⁵⁸ Уп. *М. Марковић*, ГПП I/1,75 и след.; *Грубиша* ОДВ 1961, 305 и след.

⁵⁹ *СтС Б* Рјешења СтС I/162.

⁶⁰ *СС* Гзс 48/00 СППС 2/2001, 141; ЗСО III/1-1978-79 = Збирка II/1734

диспозиције“ које подразумева да само странке износе чињенице и предлажу доказе.⁶¹

В. Владајућа немачка и аустријска доктрина; однос са начелом диспозиције

Садржина расправног начела у немачкој и аустријској доктрини јединствено се схвата у ширем смислу,⁶² и штавише потенцира се да је можда и најважнији сегмент начела управо везаност суда за неспорне тврдње.⁶³ Доследно томе, и истражно начело се одређује на начин да буде у свему контрадикторан расправном начелу. Међутим, оно што је разлика у односу на домаће шире схватање, јесте даље теоријска разрада и класификовање садржине расправног начела, при чему се она сагледава из различитих углова. И поред тога што се садржај расправног начела схвата у ширем смислу, дакле обухватајући три компоненте, даље теоретско уобличавање се своди на две: уношење и утврђивање чињеничног материјала. Став потиче још од *Розенберга* (*Rosenberg*) и под уношењем чињеничног материјала се сматра „уношење чињеница“ у поступак, а под утврђивањем заправо начин формирања чињеничног материјала – потреба доказивања и само доказивање у смислу доказних предлога. Тако странке одлучују кроз неспорне тврдње какво ће бити чињенично стање, односно ако се ради о спорним тврдњама, својим доказним предлозима омогућују да га суд формира.⁶⁴ Слично и *Фашинг*, који при таквој класификацији акцентује одговорност странака; странке су одговорне за потпуност чињеничног стања (изношење чињеница) и за омогућавање потребних чињеничних утврђења (потреба доказивања и доказни предлози).⁶⁵ У нешто другачијој концепцији, али у резултату исто, *Римелспрачер* (*Rimmelspracher*) расправно начело види у две чисте власти странака – власт у погледу чињеничног стања битног за доказивање, и власт у погледу чињеничног стања у ужем смислу, што он назива и доказаним чињеничним стањем. У основи његова теза тежи јасном разликовању доказаног чињеничног стања и чињеничног стања битног за доказивање. Ово последње обухвата све правнорелевантне тврдње, које постају такво „чињенично стање“ самим тврдњама. Други корак представља за њега последњи задатак странака у оквиру расправног начела, претварање чињеничног стања битног за доказивање у доказано чињенично стање. Ово странке могу да ураде на два начина: кроз доказивање (тј. предлагање доказа), или кроз понашање које има значај замене

⁶¹ Уж 5839/2011 од 10.04.2014. г.; Уж 1529/2011 од 13.03.2014. г.; Уж 4198/2011 од 24.10.2013. г.; УС Уж 1327/2008 СГ РС 14/2011; УС Уж 3020/2010 од 20.10.2011. г.; Уж 2689/2010 од 29.09.2011. г.; Уж 518/2008 од 27.12.2010. г.; Уж 294/2008 од 11.02.2010.

⁶² *Leipold* in: Stein/Jonas, ZPO²², vor § 128 Rn. 146 и след.; *ders.* JZ 1982, 441 (441); *Jauernig*²⁹, § 25 IV; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*¹⁷, § 77 Rn. 7 и след.; *Stürmer*, Richterliche Aufklärung, Rn. 1; *Weyers* in: Dogmatik und Methode, 191 (196 и след.); *Schilken*⁶, Rn. 346; *Musielak*, Grundkurs¹⁰, Rn. 104; *Reichold* in: Thomas/Putzo, ZPO²⁹, Einl. I Rn. 1; *Greger* in: Zöllner, ZPO²⁶, vor § 128 Rn. 10; *Hartmann* in: Baumbach/Lauterbach, ZPO⁶², Grdz § 128 Rn. 23 и след.; *Rauscher* in: MünchKommZPO³, Einl. Rn. 290 и след.; *Schima* in: Scritti giuridici in memoria di Calamandrei II, 457 (470 и след.); *Fasching*², Rn. 650 и след.

⁶³ Тако изричито *Leipold* in: FS Fasching, 329 (339); уп. и *ders.* JZ 1982, 441 (441).

⁶⁴ *Rosenberg*, Lehrbuch², § 62 II; исто тако још увек *Rosenberg/Schwab/Gottwald*¹⁷, § 77 Rn. 8, 13.

⁶⁵ *Fasching* in: *Fasching/Konecny*, Kommentar II/1², Einl. Rn. 20.

доказивања – нпр. признање тврдњи. Овако гледано, питање је да ли је оправдана *Римелипрахерова* критика *Розенберга* да је његова теорија тростепена, док би његова сопствена била двостепена.⁶⁶

Штихворт „владавина странака“ (*Parteiherrschaft*) или „утицај странака на чињенично стање“ се разматра из више углова – као однос суда и странака, као одговорност за потпуност и исправност чињеничног стања, и као право располагања странака чињеничним стањем. Као однос суда и странака, развијена је теза о забрањујућем дејству расправног начела у односу на суд (*Sperrwirkung*).⁶⁷ Због тога што суд у крајњој линији не може сам да истражује стање ствари, расправно начело је један инхибиторијум за суд.⁶⁸ Као одговорност странака расправно начело се поједнако сагледава са оба аспекта одговорности – и у односу на потпуност и исправност чињеничног стања, и као терети странака (терет тврдње и терет доказивања). На крају, као нужна последица садржаја начела, омиљена фраза „владавина странака у погледу чињеничног материјала“ (*Parteiherrschaft über den Prozessstoff*) добија свој конкретан израз – расправно начело се схвата као могућност странака да детерминишу чињеничну подлогу пресуђења; ради се о праву располагања чињеничним стањем (*Dispositionsbefugnis über den Sachverhalt*)⁶⁹ и истиче се да се ради о кључној тачки расправног начела.⁷⁰ Било како да се то објашњава – као располагање чињеницама или као располагањем чињеничним елементима пресуђења – суштина је да странке кроз расправно начело детерминишу чињенично стање, чиме битно утичу и на сам резултат пресуђења. Важно је при томе истаћи да се страначко одређивање чињеничног стања не сагледава само, као што би то било на први поглед логично, у контексту признања тврдњи. И неизношење тврдњи се, додуше ређе, сагледава као право располагања чињеничним стањем.⁷¹ У центру пажње ту није непотпуно чињенично стање као такво, већ мериторни резултат – пресуда која не одговара правом материјалноправном стању. До таквог резултата се долази путем конструкције о пресуди на основу терета тврдње.

Изложено схватање о праву располагања чињеничним стањем као о посредном диспонирању предметом спора није непознато у немачкој и аустријској доктрини, али се оно не сврстава у начело диспозиције. Теоријски став о нужној појмовној дистинкцији расправног начела и начела диспозиције односи превагу и на томе се истрајава у потпуности. Чини се да је данас усамљено схватање *Бломејера* (*Blomeyer*) да располагање чињеничног стања спада у начело диспозиције, односно да расправно начело није ништа друго него начело диспозиције примењено на

⁶⁶ *Rimmelspracher*, 26/27.

⁶⁷ Теза изгледа потиче од *Бригемана* коју касније и други спомињу; уп. *Brüggemann*, 118 и след..

⁶⁸ *Weyers* in: *Dogmatik und Methode*, 193 (200); *Schönfeld*, 127.

⁶⁹ Иако је немачки термин *Sachverhalt* у преводу на српски „стање ствари“, а не „чињенично стање“, ми га користимо ипак у том смислу, јер се тим термином управо означава оно што је код нас чињенично стање.

⁷⁰ Уп. *Würthwein*, 24.

⁷¹ Уп. *Brehm*, 36.

чињенични материјал.⁷² По њему, све радње странака које омогућавају одређени утицај на садржину пресуде спадају у начело диспозиције; због тога и признање тврдњи и неизношење чињеница представља израз начела диспозиције.⁷³ У основи, види се да његов став готово у потпуности одговара домаћој доктрини, нарочито схватању о посредним и непосредним располагањима предметом спора. Њему се приговарало да није појмовно разграничио расправно начело и начело диспозиције.⁷⁴ Међутим, треба прво истаћи да он дефинише оба начела као посебна; речено за расправну максиму је образложење њене суштине. Друго, изузетно је важно навести да је при таквом излагању изричито подвукао разлику између располагања чињеничним стањем као изразом расправне максиме, и располагања предметом спора као изразом начела диспозиције. Наиме, он разлику види у предмету располагања, а то је прикупљање процесног материјала код расправног начела, па стога и поставља границу располагања: странке могу да диспонирају само ако се ради о правнорелевантном чињеничном стању. Због тога неће свако признање тврдњи туженог довести до усвајања тужбеног захтева, јер ако такво чињенично стање није конклузивно, тужба ће се одбити; обрнуто, код признања захтева неизоставно се усваја захтев.⁷⁵ Дакле, сам *Бломејер* код диспонирања чињеничним стањем наглашава последицу принципа *iura novit curia*. С друге стране, још једно гледиште је нестандартно. Покушавајући да покаже право својство расправног начела, *Бригеман (Brüggemann)* види искључиви садржај расправне максиме у инхибиторном (забрањујућем) дејству у односу на суд. Узимање у обзир само чињеница и доказа на које се странке позивају, закључно и са неизношењем потребних чињеница, израз је, међутим, начела диспозиције.⁷⁶ Ову тезу оправдава тиме да је тужилац већ по начелу диспозиције приморан да супстанцирано чињенично опише предмет спора у тужби, односно да је тужени исто тако приморан да се определи да ли ће признати тужбени захтев или ће се бранити, што ће чинити између осталог и истицањем чињеница које му иду у прилог (тзв. противљења). По њему, терет тврдње је терет располагања и њему је инхерентан.⁷⁷ Супротно, расправно начело је само забрана за суд шта не сме да ради, и такво дејство наступа на основу пуког неизношења чињеница.⁷⁸ Ако би могло да се јасније преформулише његов став, онда би то значило да је слобода странака у погледу изношења материјала начело диспозиције, а да је последица тога забрана за суд да сам истражује, што је расправно начело. Овде се већ може критиковати став да се неприродно формирају два начела која су лице и наличје једне стране. Јер, ако се

⁷² *Blomeyer*, § 14 II 2. Данас такво схватање заступа само *Хајнце (Heinze)*, па истиче да „диспозициона максима не треба да се раздваја од власти странака у погледу чињеничног материјала, нити историјски, нити садржински“; *Heinze* in: FS Beys I, 515 (529/530).

⁷³ *Blomeyer*, § 13 II 3 aE, § 14 II 2.

⁷⁴ Уп. *Leipold* JZ 1982, 441 (442).

⁷⁵ *Blomeyer*, § 14 II 2.

⁷⁶ *Brüggemann*, 101, 118 и след., нарочито 122: „Слобода да се одлучи о томе шта *не треба* да буде изнето није расправно начело, већ начело диспозиције“.

⁷⁷ *Brüggemann*, 118 и след..

⁷⁸ *Brüggemann*, 120.

ради о овлашћењу странке, и као последица тога забране за суд, чему служи теоријско постојање два начела?

Г. Сажетак; постављање проблема

Уочљиво је да разлике у односу на дефинисање појма расправно начело, а тиме и схватање његове суштине, постоје између дела домаће доктрине и аустријско-немачке. С једне стране је домаће уже схватање појма, које спрам тога, али и схватања смисла начела, умногоме инклинира појмовном разводњавању расправне максиме и стапању у начело диспозиције. Заправо, суштина расправног начела је иницијатива странака за изношење чињеница и предлагање доказа, и то је само питање одговорности странака, док је наличје одговорности – право странака да располажу чињеничном подлогом – део начела диспозиције.

Закључак у погледу ужег схватања појма расправног начела поставља и проблем. Прво, потребно је да се испита да ли је могуће да се и при одређењу појма и смисла расправног начела као одговорности странака за формирање чињеничне подлоге искључи и питање потребе доказивања, тј. везаности суда за признање тврдњи. Друго, надовезујући се на речено, неопходно је да се испита и да ли се одговорност странака може изоловано гледати од корелативног права које странке имају путем расправног начела. Треће, као резултат, нужно је одговорити на питање има ли уопште смисла разликовати расправно начело и начело диспозиције. Сви постављени проблеми су, наравно, на догматичком нивоу и на овом месту уопште није битно оправдање расправног начела, и у том смислу евентуална веза са начелом диспозиције.

III. Шире схватање расправног начела и одсечна разлика у односу на начело диспозиције

Уже схватање расправног начела домаће доктрине се не може прихватити. На догматичком плану не постоје разлози за неуврштавање признања тврдњи у расправно начело. У том смислу и признање тврдњи није део начела диспозиције. Оно је као и друга два правила расправног начела, тек у одређеној вези са начелом диспозиције. Све ово је само на догматичком плану, и ништа се не говори о образложењу важења и једног и другог начела.

1. Техничка страна расправног начела

Аргументација ужег схватања је техничка страна начела, тј. расправно начело као радна метода, па се зато оно односи само на расподелу улога у сакупљању процесног материјала. С друге стране, процесни материјал у овом контексту су чињенице и доказна средства.⁷⁹ Томе би одговарало и инхибиторно дејство

⁷⁹ Тако *Трива/Белајец/Дика*⁶, 138; *Г. Станковић*⁷, 228.

расправног начела у том оквиру – суд не сме да сам уноси процесни материјал. У том смислу могло би да се каже да уже схватање има оправдање, јер формирање чињеничног стања сагласним тврдњама странака нема везе са таквим појмом процесног материјала. Међутим, само ако би се остало при таквом одређењу појма процесног материјала. Како је наведено, на питање процесног материјала се може гледати и као на процес формирања чињеничног стања (*Розенберг, Римелирахер, Фашинг*). Тако, прикупљање процесног материјала има две стране – прикупљање чињеница и њихово утврђивање. У последње улазе методи утврђења изнетих чињеница и њихово претапање у чињенично стање. Ако би се то сагледавало кроз питање иницијативе, онда би расправно начело по том схватању подразумевало да странке имају иницијативу за одређивање могућег оквира чињеничног стања, те да имају и иницијативу за омогућавање његовог конкретног утврђења, и то директно путем неспорних тврдњи, или индиректно кроз доказне предлоге. И овде се може узети у обзир исто тако инхибиторно дејство начела, што се иначе и чини када се говори о њему, па рећи да се оно огледа и у забрани да суд проверава истинитост неспорних тврдњи.⁸⁰ Заправо, види се да принципијелне разлике нема између доказних средстава као процесног материјала и признања тврдњи; и ово последње је исто тако процесни материјал, јер управо има исту функцију као и доказни предлози: путем њих се омогућава формирање чињеничног стања. Грешка ужег схватања је та што техничку страну расправног начела не сагледава у складу са циљем, а то је формирање чињеничног стања. Јер, одређење да се иницијатива односи само на чињенице и доказе суштински губи из вида због чега се они уопште прикупљају. Стога већ и у техничком аспекту расправно начело у свом садржају подразумева и питање потребе доказивања у смислу везаности суда признањем тврдњи. На овај начин, већ на нивоу расправног начела као радне методе, показује се његов реални садржај и смисао. Он се односи на методологију формирања чињеничног стања. Тако, странке прво кроз своје тврдње одређују оквир чињеничног стања, а потом кроз своје понашање одређују његов садржај: или путем неспорних тврдњи, или путем доказних предлога. У последњем аспекту, наравно, оне омогућују да суд оценом доказа формира чињенично стање.

Схватање о ширем садржају расправног начела, и то као радне методе, показује се као нужно и ради дефинисања антиподног истражног начела. Ако уже схватање претендује на доследност, истражно начело би значило да суд има иницијативу у погледу прикупљања чињеница и доказних средстава, али да се питање потребе доказивања оставља по страни. Напротив, истражна максима као радна метода подразумева исто тако начин формирања чињеничног стања. Према томе, оно у свом садржају значи да га суд невезано од понашања странака утврђује: без обзира на тврдње странака, без обзира на доказне предлоге, без обзира на што је за странке стање ствари неспорно. Такво одређење истражне максиме је управо и

⁸⁰ За такво уп. *Weyers* in: *Dogmatik und Methode*, 193 (200); *Schönfeld*, 127.

присутно код заступника ужег схватања расправног начела,⁸¹ па је тако оно и само недоследно.

2. Суштинска страна расправног начела: одговорност и право странака

А. Полазна тачка: чињенично стање и његова функција; појам идеалног чињеничног стања

Појам чињеничног стања један је од оних који имају централно место у оба вида бављења парничним поступком – у практичном и у теоријском виду. Како се види из схватања о расправном начелу, оно је и за њега мање-више централни појам. Странке су једине овлашћене да износе процесни материјал, и тиме оне утичу на формирање чињеничног стања. Због тога је за схватање саджрине и смисла расправног начела потребно као полазну тачку узети управо појам, функцију и вредност чињеничног стања у парничном поступку.

Под чињеничним стањем се обично сматра чињенична подлога пресуде. Гледајући са аспекта правног силогизма, а судска одлука је његов прототип, чињенично стање је доња премиса. Оно је исказ о чињеницама схваћеним у процесноправном смислу, као о конкретним догађајима и стањима у прошлости и садашњости. На њега треба применити правну норму или норму, горњу премису, да би се добио резултат правног силогизма – судска пресуда. Занемарујући сву комплексност правног силогизма (*hin und her*, разликовање чињеничних и правних питања и др.), овако упрошћен приказ јесте у крајњој линији најпогоднији да се објасни његова суштина.⁸² Како се то каже, суд утврђује чињенично стање, примењује на њега материјално право и доноси пресуду. Одатле свакако произилази да је чињенично стање правно преформирано и није један историјски догађај, већ његов исечак детерминисан категоријама права које се примењује.⁸³ Јер, ако се пође од тога да је задатак суда да примени право, непотребно је да он била шта друго утврди што није битно за примену права. Међутим, даље је питање које је то право које суд треба да примени. У парничном поступку заснованом на начелу диспозиције и правилу *iura novit curia*, први и основни оријентир је сам тужбени предлог. Парница се води искључиво ради провере његове основаности, тј. води се ради одговора на питање да ли је основана тврдња тужиоца о правној последици коју истиче у тужбеном предлогу. То је први оријентир, јер се већ спрам типа тужбеног предлога идентификују норму.

Чињенично стање има, пре свега, техничку функцију. Оно треба да омогући судски силогизам, јер уколико нема потребних чињеничних утврђења, примена права није могућа.⁸⁴ Међутим, као и за сваки силогизам, па тако и судски,

⁸¹ Трива/Белајец/Дика⁶, 139; Г. Станковић⁷, 231.

⁸² Уп. Узелац, Истина, 1 и след.

⁸³ Уп. Gaul AcP 168 (1968), 28 (50); ders. in: Zivilprozessrecht im Lichte der Maximen, 68 (87); Грубишиа, Чињенично стање, 25 и след.

⁸⁴ О томе опширније у делу који следи и који се тиче терета тврдње и терета доказивања; доле § 4 I, II.

чињенично стање има фундаментални значај, јер од њега утиче исправност резултата. Уколико је погрешна доња премиса силогизма, јасно је да ни резултат не може бити исправан. Такав резултат у парничном поступку се различито назива – од исправне пресуде, преко законите пресуде или правне заштите, до материјалне правичности. Но, све се то своди на то да резултат пресуђења одговара правом ванпроцесном материјалноправном стању. За чињенично стање које претпоставља такав резултат се везује питање „правилности и потпуности“ чињеничног стања, или истине. Чини се да се тада може говорити о идеалном чињеничном стању. Оно подразумева да суд формира доњу премису на тај начин да резултат пресуђења одговара ванпроцесном материјалноправном стању. То је правно преформиран модел стварног догађаја на основу којег се доноси исправна пресуда.

Одређење да је чињенично стање „идеално“ треба да покаже да чињенично стање као део пресуде не мора да буде увек такво, па ипак да оно не буде повод за укидање пресуде по правним лековима, с обзиром да се питање „потпуности и правилности“ чињеничног стања традиционално везује за инстанциону контролу пресуда. С друге стране, придев идеално треба да значи стремљење ка њему, што би било и у складу са циљем поступка у виду исправног пресуђења. То је неопходно да би се и одредио сам појам и суштина расправног начела. Јер, како одредити за шта су уопште странке одговорне, или чиме оне могу да располажу? Без појма идеалног чињеничног стања би се расправно начело свело на чисту техничку појаву без суштине, на форму ради себе саме. Наравно, у литератури нема таквог схватања, већ се, говори о потпуном и правилном чињеничном стању, или о истини као предмету утврђења. Ово последње одређење, колико је саморазумљиво, толико са собом носи опасност од западања у проблеме које правник редовно тешко може да реши, иако је дефинисање појма истине доста омиљено управо код правника. То јасно показује темељно истраживање *Узелаца*, када разматрајући питање истине у судском поступку претходно открива сву комплексност теорија истине у филозофији.⁸⁵ На то указује и *Гаул (Gaul)* са много краћим наводом да „суд није форум за филозофске контраверзе о истини“,⁸⁶ који када се парафразира на исправан начин, довољно показује суштину: правна теорија без озбиљног сазнања о филозофији не треба да се бави истином, па ни она није форум за такве контраверзе.

Б. Везаност расправног начела за идеално чињенично стање

а) Одговорност за идеално чињенично стање

Уже схватање расправног начела без сумње види његову суштину у одговорности странака за идеално чињенично стање. У том смислу странке имају одговорност да поставе тврдње и да предложе доказе како би се оне могле утврдити и тиме донети исправна пресуда. Томе одговара и везивање одговорности за терете странака – терет тврдње и терет доказивања. Томе се не може ништа приговорити,

⁸⁵ *Узелац*, Истина, *passim*.

⁸⁶ *Gaul* in: *Zivilprozessrecht im Lichte der Maximen*, 68 (85).

али је искључивање питања потребе доказивања већ из сфере одговорности странака за идеално чињенично стање погрешно.

Ако се везаност суда за тврдње и доказне предлоге види као одговорност за идеално чињенично стање, онда већ логички и везаност суда за признање тврдњи спада у исти домен одговорности. Неспорне тврдње директно улазе у чињенично стање пресуде без доказивања, па на тај начин и странке имају одговорност за формирање идеалног чињеничног стања. Наиме, ако признање битне тврдње није истинито, јасно је да чињенично стање није и идеално. За то странке недвосмислено сnose одговорност, јер су оне и довеле до тога. Не постоји принципијелна разлика ове одговорности за идеално чињенично стање од случаја када се у поступак не унесе тврдња о битној чињеници која постоји. И овде странке путем правила расправног начела сnose одговорност за идеално чињенично стање, јер оно исто тако неће моћи да се формира и пресудиће се управо супротно ванпроцесном материјалноправном стању. На крају, исто и је и са непредлагањем доказа у погледу тврдње о чињеници која постоји. Суд ће се тада редовно наћи у *non liquet*-у, и неће бити у могућности да формира идеално чињенично стање. И овде је одговорност за то на странкама.

У закључку суштина расправног начела јесте одговорност странака за формирање идеалног чињеничног стања. Од њихове активности зависи да ли ће то уопште бити могуће. Питање потребе доказивања у смислу везаности суда за признање тврдњи има исти значај у домену одговорности за идеално чињенично стање као и правила која су неспорно садржина расправног начела. На догматичком плану разлике нема. Ако се говори – стандардном терминологијом – о одговорности за правилно чињенично стање, онда везаност суда за признање *per definitionem* улази у њу. Одговорност се не може везивати само за традиционалне терете странака (терет тврдње и терет доказивања) и у том смислу само за пропуштања странака, што је очигледно полазна тачка ужег схватања, иако се то нигде изричито не говори. Одговорност се може манифестовати и кроз активно деловање странака, што је и показано.

б) Право располагања идеалним чињеничним стање

Три правила која чине садржај расправног начела јесу одговорност странака за формирање идеалног чињеничног стања. Као њихово наличје је и право странака да располажу идеалним чињеничним стањем – позитивна страна суштине начела. Овде је акценат на вољи странака у релацији са идеалним чињеничним стањем. Због инхибиторног дејства расправног начела само од воље странака зависи да ли ће се оно утврдити, па ако се не утврди не само да се може рећи да оне сnose одговорност за то, већ се може рећи да и оне на тај начин располажу идеалним чињеничним стањем. Странака управо зато што не жели да се оно формира, може да не изнесе тврдњу о битној чињеницама, да призна битну а неистиниту тврдњу, или да не предложи нити један доказ. Путем расправног начела се према томе од

одговорности странака иде ка праву располагања странака идеалним чињеничним стањем.

Овде се, логично, прво има на уму везаност суда признањем тврдњи. Овај вид располагања се у домаћој доктрини везује за начело диспозиције. С обзиром да се ово питање обрађује засебно у следећој тачки, овде треба само указати на одређену противречност. Наиме, и други сегмент одговорности странака – одговорност за потпуност чињеничног стања у стандардној терминологији – се исто тако манифестује као располагање идеалним чињеничним стањем. Непостављање тврдње о правнорелевантној чињеници која постоји води немогућности формирања идеалног чињеничног стања. У том смислу странка која сноси терет такве тврдње и располаже идеалним чињеничним стањем.

Тужени у спору ради исплате дуга уопште не истиче да је дуг престао компензацијом. Како суд не може да образује чињенично стање ван страначких тврдњи, јасно је да он ни не може да утврди престанак дуга. Такво чињенично стање није идеално, а својим неистичањем тврдње о престанку дуга тужени је располагао идеалним чињеничним стањем, јер оно управо због тога није ни утврђено.

3. Различитост расправног начела и начела диспозиције

У резултату је уже схватање расправног начела како кроз тезу о располагању процесним материјалом као делу начела диспозиције, тако и кроз сврставање потребе доказивања у исто начело, идентично *Бригемановом* схватању. Сврстати с једне стране одговорност странака у расправно начело, а с друге стране позитивну страну те одговорности – право располагања процесним материјалом – у начело диспозиције, значи управо раздвојити лице и наличје исте појаве у два начела. Стога треба у том контексту и поставити питање оправдања постојања два начела. Како је речено, за старију доктрину, пре свега за *Ваха*, тако нешто је непотребно управо зато што се ради о једној појави. Но, ако се ради о једној појави, чему онда два начела и његово цепање које је на крају методолошки погрешно? Захтев за појмовном јасноћом не дозвољава тако нешто. Међутим, не ради се о једној појави, па ни на догматичком плану.

Означење „посредних располагања предметом спора“ у себи *per definitionem* показује разлику у односу на непосредно располагање као неспорно део начела диспозиције. Странке располажу доњом премисом силогизма, а не његовим резултатом. При овом разликовању није битан предмет располагања као такав, већ механизам располагања, и у том смислу је значајна *Бломејерова* аргументација. Принцип *iura novit curia* пресудно утиче да се начело диспозиције и расправно начело на појмовном плану раздвоје. Примера ради, признање тврдњи, ма колико странке желеле тиме да утичу на пресуђење, зависи од правне квалификације суда. Ако је тврдња која се признаје небитна, странке уопште нису постигле оно што су хтеле. Обратно, за располагање предметом спора као израз начела диспозиције тако нешто се не поставља као проблем: оно увек доводи до жељеног резултата!⁸⁷

⁸⁷ Овде се оставља по страни питање границе таквог располагања, јер није битно у овом контексту.

Наравно, поставља се питање због чега уопште нека странка признаје само тврдње ради располагања предметом спора, а не предузима радњу располагања предметом спора. Колико год ово питање било животно логично, за концепцијски смисао није битно, и решење се мора тражити макар и у хипотетичким примерима који тешко да ће се у пракси јавити, али опет није ни незамисливо.

Тужилац тужбом захтева опозив поклона, и наводи да је од закључења уговора о поклону осиромашео, јер је отишао у пензију и сада нема довољно средстава да оде на море. Тужени жели да удовољи овом захтеву, па и пропушта да одговори на тужбу, што има значај прећутног признања тврдњи. Он има и рационалан разлог зашто то чини пропуштањем одговора на тужбу, а не признањем тужбеног захтева: признање тужбеног захтева опет следује у одговору на тужбу на који се плаћа судска такса.⁸⁸ Његова жеља за располагањем предметом спора тиме што прећутно признаје тврдње не води до жељеног резултата, јер и поред тога што је суд везан признањем и што мора да узме за подлогу пресуђења чињеницу да је тужилац након закључења осиромашео да не може да иде на море, тужба ће се одбити. Суд суверено правно квалификује признату тврдњу, која говори у прилог неиспуњености услова за опозив уговора о поклону; јер, осиромашење мора да буде такво да угрожава егзистенцију поклонодавца (§ 567 СГЗ; § 947 ОГЗ).⁸⁹ Супротно, уколико би тужени признао овакву неконклузивну тужбу, суд би и поред тога морао да усвоји тужбени захтев.

Стога се о признању чињеница као изразу начела диспозиције – располагању предметом спора – може само условно говорити. Но, на овом примеру се види да је прво и основно правило расправног начела исте такве природе. Неизношење једне тврдње *може* утицати на садржај пресуђења, па тиме се и може располагати предметом спора. Али и у овом случају то је само условно, јер то што странка мисли да је битна чињеница коју не износи, још не значи да је она заиста битна. И овде опет све зависи од правне квалификације суда. Према томе, и ово би било само условљено располагање предметом спора.

ДОО тужи предузетника ради исплате цене из уговора о продаји робе; тужба се подиже 01.03.2014. г. Тужилац наводи да је продао и предао туженом робу коју он по доспелости (01.02.2011. г.) није исплатио. Тужени признаје тврдње и изјављује приговор застарелости, сматрајући да се примењује трогодишњи рок застарелости из чл. 374 ст. 1. Тужилац – небитно из којих побуда – не жели да наведе да је тужени писаним путем признао дуг 01.07.2013. г., јер жели да диспонира предметом спора тако да се одбије захтев; он свакако сматра да је приговор застарелости основан. Његово неизношење тврдње о признању дуга не доводи до жељеног резултата, јер свеједно приговор застарелости није основан: рок застарелости за потраживања између привредног друштва и предузетника – према владајућој пракси – не износи три године, већ се примењује општи рок застарелости.⁹⁰ Супротно, уколико би се он одрекао тужбеног захтева, суд би морао да донесе одбијајућу пресуду, па и поред конклузивности тужбе, штавише основаности.

⁸⁸ Чл. 3 т. 1 Закона о судским таксама, СГ РС 28/94, 53/95, 16/97, 34/2001, 9/2002, 29/2004, 61/2005, 116/2008, 31/2009, 101/2011, 93/2012 и 93/2014.

⁸⁹ Изричито ВСС Рев 537/05 Право 7-8/2006, 62.

⁹⁰ ВСС ИСП 7-8/2007-104.

§ 3

Изложене суштинске разлике правила расправног начела у контексту располагања показују да се оно не може у појмовном смислу стопити у начело дипозиције. Посредно располагање предметом спора баш због своје посредности, прецизније условљености, није део начела диспозиције које подразумева да странке искључиво својом вољом детерминишу садржину пресуђења. С друге стране се управо спрам реченог још једном показује да признање тврдњи не може да има другачији третман од питања изношења чињеница и предлагања доказних средстава. Све то чини садржај расправног начела, и само њега.

§ 4 Институти који су последица расправног начела

Везивање појма начела поступка за његов нормативни потенцијал, у смислу директног утицаја на конкретна правила поступка, показује и потребу да се расправно начело на најопштији начин тако разјасни. Појам расправног начела као одговорности странака за идеално чињенично стање, или права располагања њиме, своди се на три правила: само странке постављају чињеничне тврдње и суд је везан тиме; од странака зависи потреба доказивања, а ако постоји, само оне предлажу доказе. Суд је у сва три аспекта везан држањем странака.

Даља догматичка разрада ова три аспекта доводи до конкретних института: терет тврдње, признање тврдњи и субјективни терет доказивања. Међутим, ови институти нису у подједнакој мери објашњени у домаћој доктрини, а нарочито пракси. У последњих 10 година, откада се тврди да је расправно начело заправо успостављено у српском парничном поступку, сва питања која се тичу процеса формирања чињеничног стања, мимо признања тврдњи, свде се уопштено на питање терета доказивања. Управо због тога је потребно да се јасно разграниче институти који су последица расправног начела, и онај који није, а то је објективни терет доказивања. Највећа пажња биће поклоњена терету тврдње који је и најмаргинализовананији институт од наведена три.

I. Шта не спада у последицу расправног начела: објективни терет доказивања

1. Појам објективног терета доказивања; независност од расправног начела

Модерно схваћени објективни терет доказивања је концепт усмерен на суд, а не на странке. Он долази на сцену на крају поступка, јер је његов основни елемент несигурност уверења о спорној чињеници по окончању расправљања и доказивања. Тада се поставља питање из угла судије: како пресудити уколико је једна чињенична тврдња остала неразјашњена – нити постоји уверење да је истинита, нити постоји уверење да је неистинита. То је оно што се традиционално назива *non liquet* ситуација. Објективни терет доказивања, дакле, подразумева проналажење начина за пресуђење упркос патолошкој ситуацији.

Из реченог се види да оно што се назива објективним теретом доказивања, и што је, без сумње, центар пажње модерне германске доктрине, нема никакве везе са расправним начелом. *Non liquet* уопште није резервисан само за поступке у којима важи расправно начело, већ је итекако замислив и за поступке по истражном начелу; и у њему судија није принуђен да увек стекне потребан степен уверења, а свакако постоји обавеза пресуђења. Стога питање последице *non liquet*-а, што је управо подручје објективног терета доказивања, нема никакве везе са максимама које се односе на прикупљање процесног материјала.¹ Тек питање субјективног терета доказивања за тај контекст има значај, о чему ће бити речи касније.

¹ Владајуће схватање: *Јакшић*⁶, т. 2422; *Познић*, Коментар, 583; *Rosenberg*, Beweislast⁴, 24; *Leipold*, Beweislastregeln, 46; *ders.* in: Stein/Jonas, ZPO²², § 286 Rn. 48; *Prütting* in: MünchKommZPO³, § 286 Rn.

И поред независности објективног терета доказивања од расправног начела, у теоретском смислу он има фундаментални значај за њега. Чини се да се терет тврдње, као институт који је везан за расправно начело, не може објаснити без показивања концепта објективног терета доказивања, и то на начин који је својствен доминантној немачкој доктрини.

2. Доктрине о механизму објективног терета доказивања

Већ одавно је питање *non liquet*-а решено у смислу да се пресуда мора донети. Данас је то неспорно спрам уставног права на правосуђе, што је и потврђено у ЕКЉП. Оно што је спорно и што у теоретском смислу чини срж концепта објективног терета доказивања је методолошки поступак доношења пресуде у случају *non liquet*-а. У том смислу и говоримо и „механизму“ објективног терета доказивања.

А. Леонхардова теорија доказаности и Розенбергова теорије непримене

Историјски гледано, на преласку из XIX у XX века присутне су две концепције терета доказивања, у то време антиподне. Исто тако, главни представници два правца – *Леонхард* (*Leonhard*) и *Розенберг* – могу се сматрати антиподовима, што је на крају и изражено у њиховим делима: обојица се доста базирају на критике другог и граде своја схватања на томе.

Леонхардова теорија полази од негирања посебних норми терета доказивања и читав проблем *non liquet*-а своди на једноставно решење. Наиме, судија може да закључи да је наступила правна последица само ако су доказане чињенице из којих произилази наступање правне последице из одређене норме, и обрнуто, ако нису доказане такве чињенице, судија не може да закључи да је наступила правна последица. У том смислу код њега нема трихотомије (сигурно-сумњиво-сигурно), већ само дихотомија (доказано-недоказано).² У резултату, *non liquet* и не постоји.³ Да би се јасније изразила његова мисао, потребно је навести још нешто. Он полази од схватања правног поретка у чисто процесном смислу; материјалноправне последице наступају само ако су *доказане* чињенице из којих произилази испуњеност елемената диспозиције. Дакле, норме материјалног права имају чисто процесни садржај, а наступање материјалноправних последица зависи од судије и доказаности чињеница.⁴ Због тога нема потребе за некаквим посебним нормама терета доказивања, већ је „терет доказивања наличје материјалног права“.⁵ Утолико је и *Леонхардово* учење названа теоријом доказаности (*Erwiesenheitstheorie*).⁶

95; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*¹⁷, § 115 Rn. 3; *Fasching*², Rn. 879; *Rechberger/Simotta*⁷, Rn. 759; *Rechberger* in: *Rechberger*, ZPO³, vor § 266 Rn. 10.

² *Узелац*, Терет доказивања, 93.

³ *Leipold*, Beweislastregeln, 22

⁴ Уп. *Leipold*, Beweislastregeln, 22; *Musielak*, Grundlagen der Beweislast, 283 и след.

⁵ *Leonhard* ZZP 35 (1905), 441 (446).

⁶ Уп. *Prütting* ZZP 123 (2010), 135 (139). *Узелац* напомиње да би *Леонхардово* учење, доследно гледано, заправо била теорија *недоказаности*; Терет доказивања, 94.

Теорија доказаности је критикована већ у своје време,⁷ и како се наводи, наишла је на скромну подршку.⁸ Основни приговор који се и у савременим радовима истиче, јесте схватање материјалног права на искључиво процесни начин.⁹ Негирање да материјалноправне последице, пре свега субјективна права, настају ванпроцесно једноставно не одговара нити владајућем схватању, нити интенцији законодавца.¹⁰ Па чак и када законодавац изричито редигује норму на тај начин, то није потврда таквог схватања, већ обрнуто, само грешка законодавца. Јер, далеко највећи број материјалноправних норми није редигован на процесни начин у контексту доказаности.¹¹ Једноставно, чак и да се спомиње терет доказивања у материјалноправним одредбама, то није никакво доказно правило (*Beweisregel*), већ се само изричито врши расподела терета доказивања – то је норма терета доказивања (*Beweislastnorm*).¹²

Већ у време *Леонхарда* нарочиту пажњу заокруживању дотадашње још увек владајуће доктрине поклања *Розенберг*, који и постаје утемељивач модерне теорије терета доказивања која влада све до шездесетих година XX века. За разлику од теорије доказаности, *Розенберг* признаје *non liquet*, самосталност материјалног права у односу на поступак, и на крају постојање посебних норми терета доказивања.¹³ Иако сматра да проблема терета доказивања нема када је утврђена чињеница која говори да није испуњен елемент диспозиције норми, ипак читаву своју конструкцију заснива на ставу о могућности примене норми само онда када је судија утврдио чињенице које говоре да је испуњен елемент диспозиције норми; другим речима, примена права није могућа не само када се утврди непостојање чињеница које би говориле да је испуњен елемент, већ и онда када постоји *non liquet*.¹⁴ Стога за њега *non liquet* подразумева немогућност примене норми, па из саме те околности ризик погађа странку за коју је примена такве норми повољна и за чији успех је она потребна.¹⁵ Отуда и његов принцип расподеле терета доказивања у смислу да странка сноси терет доказивања претпоставки за њу повољне норми.

⁷ В. нпр в. *Seuffert*, ZZP 35 (1906), 104 и след.

⁸ *Musielak*, Grundlagen der Beweislast, 286.

⁹ Свакако да то није једина критика *Леонхардове* теорије, али је битна за тему овог рада.

¹⁰ *Leipold*, Beweislastrgeln, 29 и след.; *Musielak*, Grundlagen der Beweislast, 18.

¹¹ Дакле, највећи број грађанскоправних норми је редигован на „цивилистички начин“, без било каквог спомена процеса и доказивања; норми гласе „ако А, Б, В (елементи диспозиције) онда П (правна последице, најчешће захтев). Оне не гласе „ако су доказани А, Б, В, онда постоји право тужбе у погледу П. Но, приметно је да у данашњем српском праву све више и више грађанскоправне норми попримају процесноправну редакцију, јер се материјалноправни захтеви прописују у форми овлашћења на тужбу, што доводи до практичних проблема на које законодавац није ни мислио. Пре свега то је „прописивање рокова за подизање тужбе“, а ради се о прописивању рока за утужење једног материјалноправног захтева, за које је вредносно везан рок застарелости, а не преклузивни рок. Уколико се на тај начин желео само скратити или модификовати општи рок застарелости, онда се то спрам ЗОО не може радити прописивањем „рока за тужбу“!

¹² О разликовању доказних правила од норми терета доказивања *Leipold*, Beweislastrgeln, 59 и след., 80 и след.

¹³ Уп. *Rosenberg*, Beweislast⁴, 8 и след.

¹⁴ *Rosenberg*, Beweislast⁴, 12.

¹⁵ Изгледа да овако закључује и *Познић* (Коментар, 583), иако у наставку спомиње и елементе учења каснијих *Розенбергових* критичара.

§ 4

Дакле, правила о терету доказивања произилазе директно из материјалноправне норме, тј. из немогућности њене примене. Због тога је *Розенбергова* теорија названа не само као теорија норме (*Normentheorie*), већ и као теорија непримене (*Nichtanwendungstheorie*).¹⁶

Б. Критика *Розенбергове* теорије и савремено доминантно схватање

Теорија норме, одн. теорија непримене, од првог издања *Розенберговог* чувеног дела „Терет доказивања“ (1900), иначе његове дисертације, па до *Лајполдове* дисертације 1966. г.¹⁷ представља не само владајуће схватање, већ готово да није била оспоравана.¹⁸ Међутим, *Лајполдовом* дисертацијом теорија норме се оспорава, препознају се критичне тачке и фундирају се и данас важећи ставови; ипак, ради се заправо о коректурама *Розенберговог* учења, које су га употпуниле и стабилизовале.¹⁹ У мери у којој се непосредно односи и на проблем овог рада и питања терета тврдње, најзначајнија је критика механизма терета доказивања и његовог образложења.

Темељну аргументацију *Розенберга* да се дефицит сигурног утврђења чињенице превазилази путем немогућности примене норме и сношењу ризика за то, *Лајполд* обара логичким путем. Пре свега показује безизлазну ситуацију силогизма, тиме и пресуђења, у случају *non liquet*-а. Наиме, несигурност суда у погледу (не)истинитости тврдње о битној чињеници води преко несигурности испуњености елемента диспозиције коначно до несигурности у погледу закључка о наступању правне последице норме која се примењује.²⁰ На схематичком плану то изгледа овако.

ако x , онда E x је можда истинито и x је можда неистинито	Ако E онда Π E је можда испуњен	Ако не- E онда не- Π E можда није испуњен
<hr/>	<hr/>	<hr/>
E је можда испуњен, и E можда није испуњен	Можда Π	Можда не- Π

У резултату, у *non liquet* ситуацији цео силогизам се своди на неупотребљиви резултат: можда је наступила правна последица Π , а можда и није. У смислу коначног резултата силогизма у поступку, то значи да је тужбени предлог можда основан, а можда и није; тужбени предлог се можда усваја, а можда се и одбија.

¹⁶ Уп. *Узелац*, Терет доказивања, 97.

¹⁷ *Leipold*, Bewieslastregeln und gesetzliche Vermutungen (1966). Интересантно је да *Лајполдова* дисертација грубо коинцидира са смрћу *Розенберга* (1963. г.), па се с обзиром на њену пресудну критику може рећи да је теорија непримене била владајућа све до смрти њеног творца.

¹⁸ За такву „дијагнозу“ у смислу неупитности концепта *Musiak* ZZR 100 (1987), 385 (385): дуго времена је *Розенбергова* теорија норме била неоспоравана; уп. и *Prütting* ZZR 123 (2010), 135 (140).

¹⁹ Уп. *Prütting* ZZR 123 (2010), 135 (140). Таква констатација се, пре свега, односи на питање расподеле терета доказивања.

²⁰ *Leipold*, Beweislastregeln, 22, 59.

У *Розенберговом* схватању да је примена терета доказивања директна последица немогућности позитивне примене нормe због *non liquet*-а *Лайполд* показује логичку грешку кроз напомињање двозначност појма „немогућност примене нормe“ код *Розенберга*. Наиме, иако се колоквијално говори о немогућности примене нормe у случају да је *утврђена* чињеница на основу које произилази да *није* испуњен елемент диспозиције нормe, ту се заправо не ради о немогућности примене нормe. Јер, норма се може позитивно применити (признавање наступања правне последице), али и негативно (негирање наступања правне последице).^{21 22} У оба случаја је неопходно утврђење конкретних чињеница, које већ по свом односу према елементу диспозиције омогућавају позитивну или негативну примену. Дакле, у оба случаја се долази до поузданог резултата силогизма, па ту и нема говора о примени терета доказивања.²³ Права немогућност примене нормe долази само у *non liquet*-у, јер суд због чињеничне неизвесности не може да примени норму нити позитивно, нити негативно.²⁴ У контексту силогизма, то значи да таква доња премиса доводи до немогућности закључивања и његовог резултата. Ту се показује грешка *Розенберговог* учења које, иако признаје постојање норми терета доказивања, својом аргументацијом их заправо негира и тиме је његово учење контрадикторно.²⁵ Тако критикована теорија непримене показује да је она, заправо, у резултату иста као *Леонхардово* схватање, иако је оно било за *Розенберга* полазна тачка критике.²⁶ Због тога га и *Лайполд* означава као привидним образложењем регулисања терета доказивања.

Показује се, дакле, да у случају *non liquet*-а не може уопште да се примени материјалноправна норма – нити у позитивном смислу, нити у негативном. Незамислива је пресуда у којој ће суд рећи да је тужбени предлог можда основан, а можда не. Једино што суд може да уради јесте да одбије од себе мериторно пресуђење и да „странке пошаље кући“.²⁷ То је једино логично решење. Но, и без обзира на своју логичност, то не долази у обзир спрам задатака правосуђа и права на правосуђе.

Лайполдова критика је показала да је за случај *non liquet*-а потребан посебан механизам у виду посебних норми које су секундарне природе. То су *норме терета доказивања*, које захтевају и методолошки захват у смислу превазилажења немогућности примене нормe. Постоји консензус да наведени методолошки захват

²¹ *Leipold*, Beweislastregeln, 31 и след.

²² Примера ради у парници ради накнаде штете је утврђена чињеница да тужилац није претрпео штету; суд примењује негативно чл. 154 ЗОО на такво утврђење и закључује да није испуњен елемент диспозиције ове нормe (настанак штете), па да стога није ни настала правна последица (захтев за накнаду штете). Сходно томе, суд одбија тужбени предлог.

²³ Уп. *Leipold*, Beweislastregeln, 33.

²⁴ *Leipold*, Beweislastregeln 22, 33; њега следе *Musielak*, Grundlagen der Beweislast, 3, 19; *Prütting* in: MünchKommZPO³, § 286 Rn. 93; тако и *Јакшић*⁶, т. 2415.

²⁵ *Leipold*, Beweislastregeln, 32.

²⁶ Уп. *Prütting* in: MünchKommZPO³, § 286 Rn. 104 Fn. 180. Због тога и *Лайполд* означава *Розенбергов* механизам терета доказивања кроз „непримену нормe“ као привидно образложење; *Leipold*, Beweislastregeln 31.

²⁷ *Leipold*, Beweislastregeln, 33.

представља једну фикцију у смислу да суд треба да, већ према конкретној расподели терета, одлучи као да *non liquet*-а нема. Он треба да фингира да не постоји мањкавост премиса силогизма.

Сходно *Притинговом (Pritting)* схватању, које он назива модерним углом сагледавања,²⁸ методичко поступање у случају *non liquet*-а се има раздвојити на три корака. Први је само питање да ли суд у таквој ситуацији мора да донесе пресуду, што је данас општеприхваћено као неизоставно правило; то произилази из уставних гаранција права на правосуђе, али и из конвенцијског права на правично суђење. Други корак се односи на теоретско питање на који методички начин судија може да дође до пресуде. У том смислу се од *Шваба (Schwab)* развила мисао о нарочитом „оперативном правилу“ као инструменту, које у себи садржи као методичко упућивање на једну фикцију. Судија и поред *non liquet*-а сме и мора да неразјашњено чињенично стање третира као да је разјашњено. Да ли ће суд узети као да је доказана чињеница, или као да није, зависи од конкретних правила расподеле терета доказивања, што је уједно и трећи корак. У њему се детерминише садржај фикције.²⁹

Схватање о другом кораку (оперативном правилу) најспорније је у доктрини у двоструком смислу. С једне странке се оно одриче да постоји, док с друге стране и они који га признају се споре да ли оно има нормативни карактер, или је само по среди правило методичког поступања без нормативног карактера.³⁰ Не залазећи толико овде у назначена питања, битно је истаћи да се карактерисање фикције као последице *non liquet*-а не негира, те да у погледу тога као што је речено постоји консензус.³¹ Судија мора да узме као да не постоји *non liquet*; коришћење израза „као да“ (*als ob*) јасно упућује на фикцију, и уклапа се у њен јуридикчки појам: идентично правно третирање два неједнака чињенична стања.³² Но, ту долази до значајних разлика, које можда и нису толико маркиране. Питање је да ли судија има да узме као да конкретна чињенична тврдња (ни)је доказана, па да тиме омогући силогистичку операцију, или има да узме као да (ни)је испуњен елемент диспозиције нормe на који се односи чињенична тврдња, па да опет на тај начин дође до закључка силогизма. Другим речима, да ли је предмет фикције утврђење конкретне чињенице, или је то испуњење апстрактног елемента диспозиције нормe. Чини се да се у доктрини, заправо, равноправно схвата фикција, час у једном, час у другом смислу.³³ Оно што је, међутим, заједничко за све јесте да се због расподеле

²⁸ *Pritting* in MünchKommZPO³, § 286 Rn. 105

²⁹ *Pritting* in MünchKommZPO³, § 286 Rn. 106.

³⁰ За приказ спора уп. *Musielak*, ZZP 100 (1987), 385 (393 и след.); *Узелац*, Терет доказивања, 180

³¹ *Leipold*, Beweislastregeln 65 и след.; *Musielak*, Grundlagen der Beweislast, 293; *Pritting* in: MünchKommZPO³, § 286 Rn. 104 и след.; за даља упућивања уп. *Узелац*, Терет доказивања, 101.

³² Уместо свих *Leipold*, Beweislastregeln, 66.

³³ Ипак, *Лайполд* је најконсеквентнији у заступању става да је предмет фикције питање испуњености елемента диспозиције нормe; уп. *Leipold*, Beweislastregeln, 65, 105. У домаћој литератури изгледа да једини *Чалија* заузима колико-толико експлицитан став, и то у правцу фингирања неутврђења чињеница: „правила о терету доказивања су у функцији извођења чињеничног закључка у основи кога је претпоставка да се недоказане чињенице узимају као неистините“; ГСа XXXIII (1986), 9 (18 и след).

терета доказивања фикција своди увек на питање испуњености једног елемента диспозиције. Да ли се до таквог резултата долази директно или индиректно путем фикције о (не)постојању конкретне чињенице, за питање терета доказивања је без значаја. Битно је да се на тај начин превазилази патолошка ситуација и да се омогућава силогистичка операција.

II. Објективни терет тврдње

1. Објективни и субјективни терет тврдње; везаност објективног терета тврдње за расправно начело

У науци и пракси се традиционално, поред терета доказивања, спомиње и терет тврдње. Ради се о правом процесном терету странака да кроз своје наводе унесе све битне чињенице. Уколико то није случај, штетне последице пасивности сноси она странка коју према правилима о расподели терета тврдње погађа ризик. Краће и једноставније, спор губи странка која сноси терет тврдње.

Начелно се, као и код терета доказивања, разликује субјективни и објективни терет тврдње. Објективни терет тврдње подразумева одговор на питање како суд треба да пресуди ако се у поступак не унесу све чињенице које су потребне да би се применила правна норма. Субјективни, напротив, подразумева да странка коју погађа терет тврдње треба да је и изнесе, како би избегла последице објективног терета тврдње. У том смислу, све и да супротна странка изнесе тврдње о таквим чињеницама то не значи да су оне постале процесно градиво.

Као и код терета доказивања, у центру пажње доктрине је објективни терет тврдње. Међутим, у поређењу са теретом доказивања ни изблиза није развијено учење о њему. Он се помало маргинално обрађује уз терет доказивања, и у већинској доктрини он је један аналогни институт са споменути централним предметом дискусија. Да је он маргиналан, али готово у правом смислу речи, показује стање домаће доктрине. Он се код дела теорије и не спомиње, а ако се спомиње, он се не представља у кључу питања „Како суд треба да пресуди у случају дефицитарне тврдње?“, већ се цела проблематика своди на нагласак чистог терета: странка треба да постави тврдњу, а то је њена обавеза према себи самој.³⁴ С друге стране, не само да терет доказивања има примат у обрађивању, већ се понекад и он идентификује са теретом тврдње.³⁵

Објективни терет тврдње је нужна последица постојања расправног начела. Уколико странке, и само оне постављају тврдње и тиме одређују оквир могућих чињеничних утврђења, могуће је и то да странке не поставе тврдњу о битној чињеници. Нужност пресуђења и у овом случају доводи до постојања концепта објективног терета тврдње – суд и поред очигледне немогућности формирања идеалног чињеничног стања мора да пресуди. Тако нешто је незамисливо у

³⁴ *Трива/Белајец/Дика*⁶, 409; исто и *Г. Станковић*⁷, 420.

³⁵ Тако *М. Милошевић* ИСП 10/2007, 5 (10): непостављање тврдњи води „примени правила о објективном терету доказивања“.

§ 4

поступку у којем не важи основно правило расправног начела; ако суд није везан тврдњама странака, тј. ако он „истражује чињенице по сл. дужности“, странке немају одговорност за идеално чињенично стање.³⁶ Чак и да не постављају тврдње о чињеницама које су потребне за примену норме, суд мора да их истражује. Другим речима, оне не носе штетне последице по своју процесну позицију уколико не поставе тврдње, што је управо смисао терета тврдње. Стога је објективни терет тврдње прва и основна последица важења расправног начела.

Субјективни терет тврдње није нужна последица расправног начела, јер уколико он не постоји у конкретном поступку тиме није доведено у питање његово основно правило да је суд везан тврдњама странака. Према томе, чак и да тврдњу износи странка која не сноси терет за њу, и да је суд узима у обзир, принципијелно то нема везе са расправним начелом, јер и даље суд није по сл. дужности, тј. без тврдње странке утврдио једну чињеницу.

2. Самосталност објективног терета тврдње у односу на објективни терет доказивања

Већ на појмовном плану се види разлика два терета и концепта. Предмет терета тврдње су страначки наводи (тврдње) о конкретним чињеницама, док је предмет терета доказивања степен плаузибилности таквих тврдњи.³⁷ Ово разликовање, које би се односило на субјективне странке терета, није једино, већ постоји и разлика у њиховим објективним странама. У том смислу терет тврдње поставља питање како суд треба да одлучи уколико нису постављене тврдње о релевантним чињеницама, док терет доказивања треба да дâ одговор на питање како суд одлучује уколико је чињенична тврдња остала неразјашњена.³⁸

Осим појмовног разликовања, постоји и оно на методичком плану. Терет доказивања, и у субјективном и у објективном смислу, претпоставља да су изнете чињенице – суд може да утврђује чињенице само ако их странке наведу. С обзиром да су објективне стране и једног и другог терета „средишње језгро доминантне европске доктрине“,³⁹ наричито методичко разликовање је значајно у том контексту. Терет доказивања подразумева превазилажење *non liquet* ситуације у смислу пресуђења упркос *non liquet*-у. У парничном поступку то подразумева да је постављена тврдња о конкретној битној чињеници, да је она оспорена, и да, по правилу, суд и поред доказивања није стекао потребан степен уверења о њеној истинитости. Терет тврдње подразумева да није уопште постављена тврдња, што значи да уопште и није могло да дође до доказивања – доказују се само чињенице које су, пре свега, унете у поступак кроз наводе странака. Дакле, комплекс проблема терета тврдње претходи терету доказивања. Испуњавање терета тврдње тек

³⁶ Уп. *Prütting* in: *MünchKommZPO*³, § 286 Rn. 134; *Познић*, Коментар, 567; *Juhart Pravnik XII* (1957), 202 (209).

³⁷ *Узелац*, Терет доказивања, 65.

³⁸ Уп. *Leipold* in: *Stein/Jonas, ZPO*²², § 286 Rn. 50; *Узелац*, Терет доказивања, 65 фн. 68 са даљим упућивањима.

³⁹ *Узелац*, Терет доказивања, 65 фн. 68.

потенцијално доводи да *non liquet*-а; другим речима, терет доказивања претпоставља да је терет тврдње скинут са дневног реда.⁴⁰

3. Концепт објективног терета тврдње

А. Полазна тачка: дефицит тврдње и учење о примени права

У доктрини у којој се питање терета тврдње озбиљније обрађивало полазна тачка је маркирање проблема у контексту *Лајполдово*г учења о примени права. Иако је оно било израђено за решавање проблема објективног терета доказивања, показало је да значај резултата превазилази постављени циљ. Наиме, *Лајполд* је показао да суд може да примени једну норму само ако има потребну доњу премису силогизма – конкретна чињенична утврђења из којих се закључује да ли је испуњен потребан елемент диспозиције норме или не.⁴¹ Уколико она недостају није могуће извршити силогистичку операцију и применити норму, нити у позитивном, нити у негативном смислу. Изостанак потребне доње премисе који је традиционално у фокусу литературе је – ноторно – *non liquet*. Међутим, а то је и права вредност општег места да терет тврдње постоји само у поступку у којем расправно начело, није *non liquet* једини дефицит доње премисе који доводи до немогућности примене норме. То је пре свега, пошто му и претходи, дефицит тврдње о конкретној чињеници која се односи на елемент диспозиције норме – краће: *дефицит тврдње*.⁴² Јер, да би уопште дошло до *non liquet*-а у поступку по расправном начелу, претпоставка је да је тврдња постављена, па још и преко тога да је оспорена.⁴³ Уколико се у поступак не унесе правнорелевантна чињеница, због расправног начела суд не може да формира потпуну доњу премису и следствено томе не може уопште да примени норму, што у резултату значи да не може да пресуди. Ситуација је, суштински, иста као и у *non liquet*-у. Следећи пример то показује.

Норма Н која предвиђа правну последицу П гласи: када А и Б, онда П. Конкретна чињеница х која испуњава А је утврђена, али нити једна конкретна чињеница која би се односила на питање испуњености Б није наведена. Како у том случају суд не зна

⁴⁰ Тако и *Узелац*, Терет доказивања, 66: терет тврдње је у извесном смислу прејудисијелан у односу на терет доказивања.

⁴¹ Овде, свакако, по логици ствари постоји разлика у смислу да ли се норма примењује у позитивном или негативном смислу. Ако се ради о првом, потребно је да су утврђене све чињенице које из којих произилази испуњеност *свих* елемената диспозиције норме, јер само тада наступа правна последица. Ако се ради о негативној примени норме, онда је потребно да се утврде само чињенице из које произилази неиспуњеност *макар једног* елемента диспозиције норме; утврђивање чињеница које се односе на друге елементе диспозиције је непотребно. Дакле, ако се утврди да тужени није штетник, свакако да се неће утврђивати и постојање штете, већ се тужба ради накнаде штете одбија. На то у резултату указује и УС Уж 3923/2011 од 8. V 2013. г.; Уж 2374/2009 од 10. V 2012. г.; Уж 2291/2009 од 28. III 2012. г.; Уж 1468/2009 од 19. IV 2012. г.

⁴² Овом термину који ми користимо би одговарао спорадично коришћен термин германске литературе *Behauptungslücke*, за који је „дефицит тврдње“ најпогоднији превод; дословни превод као „рупа у тврдњи“, или „празнина у тврдњи“ је свакако неодговарајући; уп. *Rechberger/Simotta*⁷, Rn. 758

⁴³ То се истиче у немачкој доктрини нарочито за проблем објективног терета доказивања; уп. *Leipold*, Beweislastregeln, 59.

§ 4

да ли постоји таква нека чињеница, он ни не може да закључи да ли је Б испуњен или не. Стога он ни не може да примени норму Н, јер је закључак силогизма неприхватљив: можда П, а можда и не-П.

Схема ове патолошке ситуације изгледа овако:

Када x онда А <u> </u> x је утврђено <u> </u> стога је А испуњено	није наведена ниједна чињеница која се односи на Б <u> </u> стога је Б можда испуњено, и Б можда није испуњено	Када А и Б онда П А је испуњено; Б је можда испуњено, можда није <u> </u> стога можда П, можда не-П
-----------------------------------------------------------------------------------------------------	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Дефицит тврдње је суштински исти дефицит као и *non liquet*, јер ономогућава примену норме. Наравно, узроци за постојање дефицита су различити, али то ништа не мења у погледу реченог. Управо због тога је у теоретском смислу фундаментално питање како превазићи дефицит тврдње. Јер, полази се од нужности мериторног пресуђења на принципијелно исти начин као и код концепта објективног терета доказивања. Ништа мање није значајно међутим ни питање правила о расподели терета тврдње. Но, с обзиром на владајуће схватање које полази од принципијелне исте расподеле терета тврдње и терета доказивања,⁴⁴ то питање је довољно обрађено за потребе последњег. Уз то, оно је у неким системима изричито регулисано, а у неким није, па се зато на овом чисто теоретском и моделском нивоу и не може разматрати.

Б. Схватање о посебним нормама терета тврдње

Превазилажење дефицита тврдње се при нужности мериторног пресуђења показује као неизоставно. Нема сумње да суд треба да пресуди против оне странке која према расподели терета тврдње сноси терет неизношења битне чињенице. То је стандардно одређење у германској теорији и пракси,⁴⁵ али се на њега наилази и код нас. По *Јухарту*, који први у ранијој југословенској доктрини маркира јасно ситуацију дефицита тврдње, пресуда је иста као да је унета тврдња, али да је остала неразјашњена, дакле као да је по среди *non liquet*.⁴⁶ У садашњој теорији *Јакишић* на нешто другачији начин, али суштински исто, закључује да дефицит тврдње значи негативне последице по странку која сноси терет тврдње за неизнете чињенице, па се следствено томе она губи спор.⁴⁷ Речено се односи на резултат пресуђења, и у том смислу такав закључак није неисправан, јер се правила о расподели терета тврдње и

⁴⁴ Тако *Познић*, Коментар, 567; за немачку доктрину *Rosenberg*, Beweislast⁴, 50; *Leipold* in: Stein/Jonas, ZPO²², § 286 Rn. 50; *Priütting* in: MünchKommZPO³, § 286 Rn. 135; *Rosenberg/Gottwald/Schwab*¹⁷, § 115 Rn. 38; *Reichhold* in: Thomas/Putzo, ZPO²⁹, Vorbem. § 284 Rn. 23; *Schilken*⁶, Rn. 499; *Jauernig*²⁹, § 50 I; за аустријску доктрину *Fasching*², Rn. 875.

⁴⁵ *Rosenberg*, Beweislast⁴, 44/45; *Leipold* in: Stein/Jonas, ZPO²², § 286 Rn. 50 и след.; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*¹⁷, § 115 Rn. 38. За аустријску теорију уместо свих *Rechberger* in: *Fasching/Konecny*, Kommentar III², vor § 266 Rn. 19.

⁴⁶ *Pravnik XII* (1957), 202 (209); *Јухарта* касније следи *Цини* ЗбоЗГ (1990), 289 (303), кога опет следи *Ђуричин* Право 7-8/1995, 67 (73).

⁴⁷ *Јакишић*⁶, т. 2411.

терета доказивања у далеко највећем броју случајева поклапају. Међутим, у методолошком смислу тиме се још не објашњава концепт терета тврдње. Исто тако, што је важно још једном нагласити, јасно је да у таквој ситуацији нема говора о *non liquet*-у и да се сходно томе не може ова ситуација превладати методом терета доказивања, што је управо случај у домаћој пракси.⁴⁸

Подстакнут првенствено резултатима дискусије о терету доказивања, део немачке доктрине се позабавио и конкретним питањем механизма превазилажења дефицита тврдње. У том смислу се говори о посебним правилима (нормама) терета тврдње која у својој укупности омогућавају и детерминишу садржај пресуде.

а) Већинска доктрина

Већинска доктрина у концепту терета тврдње у свему види паралелу са теретом доказивања.⁴⁹ То је већ схватање и *Розенберга*, али и касније доктрине која је модификовала његову теорију норме. Заправо, с обзиром да се само на маргинама дискусије о терету доказивања и постављало питање концепта терета тврдње, уз схватање да се ради о сродним појавама које повлаче за собом аналогну конструкцију, већинска доктрина се може реконструисати тако да се каже: онај концепт који је био прихваћен за терет доказивања, био је и концепт терета тврдње. Тако, за *Розенберга* би могло да се каже да дефицит тврдње подразумева немогућност позитивне примене норме – у његовом смислу „немогућност примене нормe“ – па због тога спор губи она странка којој иде у прилог дефицитарна тврдња; другим речима, пресуђење на основу терета тврдње се заснива на околности да норма није могла да се примени и због тога негативне последице погађају странку којој таква норма иде у прилог. У контексту његових критичара, као што је и речено у претходној тачки, дефицит тврдње би доводио до немогућности било какве примене норме и следствено томе до пат позиције. За њено превадавање су потребне посебне норме секундарне природе, које су баш као и норме терета доказивања адресоване на суд; оне су његово помоћно средство и упућују га како да пресуди упркос дефицитарној доњој премиси. То су, аналогно нормама терета доказивања, *норме терета тврдње (Behauptungslastregeln- bzw. normen)*. Но, мора се приметити, на шта и *Мусилак (Musielak)* указује,⁵⁰ да се ништа ближе и одређеније и не спомиње, осим тога да норме терета тврдње постоје, односно да постоји паралела са нормама терета доказивања.⁵¹

⁴⁸ Недавне пресуде које су донете због дефицита самих тврдњи, а не *non liquet*-а, образлажу се изричито теретом доказивања: *ВКС* Рев 1537/10 Гласник АКВ 3-4/2013, 195 = ИСП 2/2011-65; *ОКС ВА* ИСП 12/2009-69; *ОКС НС* Гж 4889/05 Билтен *ОКС НС* 12 (2007), 117 (118).

⁴⁹ Уп. *Brehm*, 48 Fn. 4, 5: појам терета тврдње је изражен спрам објективног терета доказивања.

⁵⁰ *Musielak*, *Grundlagen der Beweislast*, 51.

⁵¹ Уп. *Rosenberg*, *Beweislast*⁴, 51 и след.; *Leipold*, *Beweislastregeln*, 100.

б) *Мусилакова* критика

Већинско и доминантно схватање критикује *Мусилак* у својој хабилитацији посвећеној објективном терету доказивања. Иако сматра да се може повући паралела појмова између терета доказивања и терета тврдње, он одлучно негира паралелу у самим концептима. Због тога не постоје норме терета тврдње које би на принципијелно исти начин решавале дефицит тврдње као норме терета доказивања. По њему се решење налази већ у самом расправном начелу: „да судија мора да третира чињеницу која није изнета од странака као да се није догодила је непосредна последица расправног начела и не мора се наредити кроз додатна одређења“.⁵² Но, он додатно појашњава овај свој став:

овако судија поступа не у смислу да полази од контрадикторне супротности [...] То значи да се обе чињенице – и ненаведена чињеница *X* и ненаведена чињеница не-*X* – морају третирали као неегзистентне. Ако је за испуњење елемента једне диспозиције норме која се примењује битна чињеница *X*, онда судија мора на основу расправне максиме да оцени елемент диспозиције као неиспуњен, и то не зато што он мора узети не-*X*, већ зато што *X*, чињеница која мора постојати да би елемент диспозиције био испуњен, за судију не постоји.⁵³

Мусилакову аргументацију критикује *Притинг*, сматрајући да се тиме управо крши расправно начело, јер оно забрањује судији да утврђује чињенице које нису изнесене, па макар и на негативан начин.⁵⁴

В. Сопствено мишљење

а) Суштина спора: предмет фикције

Полазна тачка *Мусилака* је непостојање посебних норми терета тврдњи; судија мора да третира ненаведену а битну чињеницу за испуњење елемента диспозиције као непостојећу. Тиме он изгледа да покушава да оправда дефицит тврдње, и то искључиво спрам расправног начела, али на начин да се омогући примена норме кроз фикцију. Но, на другом месту, где инсистира опет на непостојању норми терета тврдње, сматра да неизношење битне чињенице има за нужну последицу да се норма *не примењује*; за странку у чију би корист ишла ова норма настаје штетна последица, па се зато и каже да је она носилац објективног терета тврдње.⁵⁵ Заправо, кроз овакав став он се враћа *Розенберговом* схватању и теорији непримене: због тога што нема потребне доње премисе – овде због дефицита тврдње – норма се не примењује, а терет немогућности примене директно погађа ону странку којој би норма ишла у прилог. Другим речима, произилази да се дефицит сам од себе превазилази посредством немогућности примене материјалноправне норме. У том смислу је он контрадикторан, јер претходно

⁵² *Musielak*, Grundlagen der Beweislast, 51.

⁵³ *Musielak*, Grundlagen der Beweislast, 51 Fn. 333.

⁵⁴ *Prütting*, Gegenwartsprobleme der Beweislast (1983), 45, цит. према *Узелац*, Терет доказивања, 66 фн. 71.

⁵⁵ *Musielak*, Grundlagen der Beweislast, 56.

закључује да судија ипак мора да фингира да не постоји конкретна чињеница која би испунила елемент диспозиције нормe. Међутим, чини се да постоји противуречност и у самом негирању посебних правила терета тврдње. Уколико се каже да нису потребна додатна правила за превазилажење дефицита тврдње, већ да се због расправног начела има узети да не постоји конкретна а неизнета чињеница, зар то опет није једно додатно правило? Тиме је речено да опет, због расправног начела, треба прибећи једној фикцији; *Мусилак* на том месту и бира речи које упућују јасно на такав закључак: судија мора да *третира* чињенице *као* непостојеће (курз. *М. К.*).⁵⁶ У овоме се види основна грешка *Мусилака*, а то је да узрок посматра и као метод за превазилажење; због тога му нису потребна додатна правила аналогна терету доказивања. Наиме, иако је узрок дефицита тврдње свакако неизношење чињеничне тврдње, то је ипак пре свега расправно начело; да није њега, суд би сам утврђивао чињенице, па и упркос дефициту тврдње. Из тога још не следи методолошко решење ове кризне ситуације. Оно је, уколико се остане при *Лајполдовом* учењу о примени права (што и *Мусилак* иначе прихвата), могуће само кроз додатна правила која немају више везе са расправним начелом, већ се тичу оперативног правила терета тврдње и конкретне расподеле. Једном речју, расправно начело доводи до дефицита, али га као такво не решава.⁵⁷ Управо супротно, као што *Притинг* основано приговара *Мусилаку*, расправно начело забрањује да се утврђују чињенице које странке нису ни тврдиле. Можда би требало прецизније ову критику формулисати у смислу да расправно начело тако нешто не дозвољава чак ни на нивоу фикције непостојања правнорелевантих чињенице, с обзиром да *Мусилак* ипак говори о фикцијама, а не класичном утврђењу чињеница.

Ако би се инсистирало на *Мусилаковом* схватању, онда би се управо због расправног начела у неким случајевима онемогућио излазак из патолошке ситуације дефицита тврдње. Наиме, инсистирање на превазилажењу дефицита тврдње кроз фингирање (не)постојања конкретне чињенице подразумева да се она мора конкретизовати. Јер, чињеница у процесноправном смислу је *конкретан* догађај или стање који је временски и просторно одређен.⁵⁸ Када би се нашао у овој ситуацији, чак и да фингира непостојање чињенице, суд би претходно морао да зна шта уопште фингира. Тада би морао да сам измишља конкретне чињенице, чије непостојање треба да фингира како би коначно могао да примени материјалноправну норму. У редовним случајевима проблем ипак није видљив, јер су редовно правнорелеванте чињенице одређене позитивно (тзв. позитивне чињенице), тако да фингирање

⁵⁶ *Musielak*, Grundlagen der Beweislast, 51: „[d]aß der Richter Tatsachen [...] als nicht geschehen behandeln muß“ (нагл. *М. К.*).

⁵⁷ Исто тако, може се рећи да и слободна оцена доказа представља узрок *non liquet*-а као дефицита доње премисе, јер из слободне оцене доказа произилази непостојање принуде да суд увек дође до поузданог уверења. Дакле, такву кризну ситуацију не решава концепт слободне оцене доказа, већ су потребна посебне нормe – нормe терета доказивања.

⁵⁸ То је *Розенбергова* дефиниција која се чини да је данас општеприхваћена у стандардној литератури; уп. *Rosenberg*, Beweislast⁴, 50; *Rechberger/Simotta*⁷, Rn. 763; *Fasching*², Rn. 830; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*¹⁷, § 111 Rn. 3; *Leipold* in: Stein/Jonas, ZPO²², § 284 Rn. 9; *Познић*, Коментар, 559; *Јакшић*⁶, т. 2127. За нешто рафиниранију дефиницију чињеница уп. *Prütting* in: MünchKommZPO³, § 284 Rn. 41.

контрадикторне супротности и није проблематично – негативне чињенице као такве и не могу бити више *конкретизоване* него што су одређене кроз елемент диспозиције норме. Пример спора где је реивиндикациони захтев материјалнопрвани основ, односно где се примењује норма реивиндикационог захтева то показује:

Тужилац захтевајући враћање ствари износи само чињенице на основу којих се закључује да је он власник ствари; о државини туженог нема навода уопште: нити да држи ствар, нити да не држи. Назначени дефицит тврдње о битној чињеници водио би закључку да се има узети као да тужени ствар не држи (негативна чињеница). Ближа конкретизација нити је могућа, нити је потребна за превладавање дефицита, јер из такве фикције суд закључује да се није испунио други елемент диспозиције норме који захтева да за постојање реивиндикационог захтева ствар мора да се налази код противника захтева.

Непостојање видљивог проблема у овом случају би могло да доведе до приговора да је ова критика вештачка и непотребна. Међутим, проблем итекако постаје видљив онда када је елемент диспозиције негативан, тј. када су по среди негативне правнорелевантне чињенице. Пре свега, то је свакако могуће, и доктрина о немогућности доказивања негативних чињеница, која подразумева да нема нити терета тврдње нити терета доказивања у погледу њих, одавно је напуштена.⁵⁹ Доследна примена *Мусилаковог* схватања подразумева да суд треба да превлада дефицит тврдње о негативној конкретној чињеници тако што ће фингирати да она не постоји, што је могуће једино кроз контрадикторну супротност негативне чињенице, а што је, логично, конкретна позитивна чињеница.

Пример регресне парнице против адвоката: тужилац наводи само да је изгубио спор у којем га је заступао тужени, и да је због тога претрпео штету у одређеном износу. Не наводи међутим конкретне грешке туженог, његова пропуштања која су довела до настанка штете. Дакле, недостаје елемент радње штетника у смислу чл. 154 ЗОО, па се стога не може ни утврдити узрочно-последична веза. Наравно, штетна радња у смислу чл. 154 ЗОО може бити и пропуштање, што је управо карактеристично за повреде дужности вршења послова.⁶⁰ Када би се предмет фикције одредио као конкретне чињенице, суд би морао да узме као да није учињен пропуст (негација негативне чињенице), тако што би морао да фингира *конкретну* контрадикторну супротност (негација негативне чињенице је позитивна чињеница). Но, питање је које су то све радње које се узимају да су извршене ([благовремено] предлагање доказа, изјављивање жалбе, улагање приговора несавесног вођења спора, оспоравање тврдњи итд.). Ништа од овог суд не може ни да узме као да је извршено, јер једноставно он ни не зна ништа о томе, а и не може да утврђује чињенице, па макар и путем фикције, онда када оне нису унете у поступак.

Овде се показује да је немогуће доследно прихватити образложење *Мусилака*, које, како је речено, ни он сам није доследно користио. Међутим, управо се на његовој

⁵⁹ У домаћој доктрини већ *Ђорђевић*, Теорија II², т. 469 са убедљивом аргументацијом; тако и савремена доктрина, уместо свих *Познић*, Коментар, 559. Супротно, ипак још увек (понегде) у домаћој пракси; тако *ВС ПО* (Гж 443/13 ParagraphLex) изричито истиче да негативне чињенице не могу да се доказују, па зато и није могуће да странка сноси терет доказивања у погледу њих.

⁶⁰ Уместо свих *Цигој* у: *Благојевић/Круљ*, Коментар Закона о облигационим односима I (1980), 404.

грешци види у чему се састоји проблем код превазилажења дефицита тврдње. Оно што је помало маргинално код терета доказивања, јер се чини да и није битно, овде је пресудно. То је питање предмета фикције која служи као помоћни инструмент за доношење пресуде упркос дефициту доње премисе.

Предмет фикције код терета тврдње је сâмо питање испуњености елемента диспозиције, а не постојање конкретних чињеница. Последње не долази у обзир у систему расправног начела, и како је показано, не може да реши проблем без његовог кршења. С друге стране, није ни потребно да се фикција односи на конкретне чињенице да би се омогућила примена права и пресуђење. Није потребно, јер за фикције нема граница; оне су свесно правно изједначавање две различите ситуације. Не мора се неизоставно фикцијом створити услов за примену права тиме што ће се фингирати (не)постојање једне конкретне чињенице која се односи на елемент диспозиције нормe. Фикцијом се може директно фингирати испуњеност или неиспуњеност таквог елемента. С обзиром на претходно речено у смислу кршења расправног начела, не само да се тако може поступати, већ и мора. Чини се да трећег решења нема, ако се остане при владајућем схватању силогизма и примене права с једне стране, и важења расправног начела с друге стране.

На основу реченог треба закључити да дефицит тврдње подразумева да суд фингира као да је (не)испуњен елемент диспозиције нормe која се примењује. У случају спора о регресном захтеву против адвоката, дефицит тврдње о конкретним пропуштањима туженог значи да суд има да узме *као да* није испуњен услов постојања штетног пропуштања као претпоставке настанка захтева за накнаду штете из чл. 154 ЗОО. Не треба суд, нити сме, да фингира да је тужени предузео све радње у конкретном поступку *lege artis*.

Схема силогизма у таквој ситуацији је следећа. Према правилима о расподели терета тврдње тужилац сноси терет тврдње о чињеницама које се тичу како А, тако и Б.

Када <i>x</i> онда А <i>x</i> је утврђено	није наведена ниједна чињеница која се односи на Б	Када А и Б онда П А је испуњено; Б као да није испуњено
_____	_____	_____
стога је А испуњено	стога као да Б није испуњено	стога не-П

б) Правила терета тврдње: методолошки кораци

Притингову схему треба сходно изложеном допунити претходним првим кораком, а то је сам дефицит, односно његов узрок. Он за своје схватање код објективног терета доказивања полази од тога да је *non liquet* као такав могућ, па је стога код њега први корак одговор на питање да ли је нужно мериторно пресуђење у таквој ситуацији. Смислено би било, међутим, означити као први корак и у том концепту питање да ли суд може да се нађе у *non liquet*-у. Одговор је, наравно, потврдан, јер слободна оцена доказа управо то и подразумева. У том смислу, први методолошки корак код терета тврдње је одговор на питање може ли суд да уопште

буде у ситуацији да нема потребан елемент доње премисе. Одговор је и овде потврдан, јер то произилази из расправног начела. Дакле, оно је узрок постојања објективног терета тврдње, и ту се показује целокупан смисао одређења да је он могућ и својствен само поступку у којем важи расправно начело.

Други корак је питање нужности мериторног пресуђења. Као и код објективног терета доказивања и код дефицита тврдњи нема услова за примену права. Логичка нужност је одбијање мериторног пресуђења, а не примена секундарних норми које ће и поред дефицита довести до пресуде. Но, пресуђење је данас неспорно нужно, јер то произилази из права на правосуђе, а образложење које стоји из тога је коначно решавање спора и омогућавање постизања коначног правног мира,⁶¹ образложење је, дакле, ништа друго него идеја материјалне правноснажности уопште.

Трећи корак је оперативно правило. Оно се, међутим, мора у свакој конкретної ситуацији стопити са четвртим кораком, а то је конкретна расподела терета. Овде се чини оправданом *Мусилакова* критика *Притинга*, јер би раздвајање ова два корака на крају било бесмислено; оно би у резултату водило као да се даје одговор са „да“ или „не“, али без њему припадајућег питања.⁶² А питање је овде: Који садржај дати фикцији – да ли сматрати да је испуњен елемент диспозиције, или не?⁶³ То, међутим, зависи од сваког конкретног случаја у смислу конкретне расподеле терета. На основу реченог се показује да теза о оперативном правилу без нормативног карактера, као чисто методичком правилу, не стоји. Оно има управо нормативни карактер, јер је нераскидиво повезано са расподелом терета, па тако заједнички прописују за сваки конкретан случај како суд да поступи: да ли да фингира испуњеност елемента диспозиције норме, или не.

в) Карактеристике концепта објективног терета тврдње

Из добијених резултата се види велика блискост концепта објективног терета тврдње и објективног терета доказивања. Заједничка нит је патолошка ситуација због које и постоје: дефицит доње премисе и тиме немогућност примене норми. Свакако, разлика је у манифестацији дефицита. Управо због тога постоји и потреба да се механизам објективног терета тврдње одреди у смислу фикције (не)испуњености елемента диспозиције норме у односу на који и постоји дефицит тврдње. Но, и поред ових разлика карактеристике и једног и другог концепта су идентичне. Ради се о нормама које су адресоване на суд и оне су помоћног карактера. У том смислу су оне норме одлучивања (*Entscheidungsnormen*), јер дају одговор суду како да пресуди у случају дефицита. Норме терета тврдње, баш као и терета доказивања, нису норме које прописују правила понашања субјеката ван поступка; у

⁶¹ Тако за нужност пресуђења у *non liquet*-у *Musielak*, *Grundlagen der Beweislast*, 19 са даљим упућивањима; уп. и *Узелац*, Терет доказивања, 78 и след., са смисленим релативизовањем вредности таквог концепта.

⁶² *Musielak ZZP* 100 (1987), 385 (393).

⁶³ Тако и сам *Притинг*, који напомиње да његов трећи корак даје садржај другом; *Prütting in: MünchKommZPO*³, § 286 Rn. 106.

њиховој сржи – сходно методичком механизму – налази се фикција која служи само конкретном поступку и нема утицаја на материјалноправно стање. Чак и у случају дефицита тврдње о чињеници која заиста постоји, пресуђење које фингира да није испуњен елемент диспозиције нормe на који се она односи не доводи до материјалноправне промене. То је и основна последица процесне теорије материјалне правноснажности. Да није тако, субјективна грађанска права би настајала тек са правноснажношћу. У основи то би значило прихватање *Леонхартове* концепције о материјалноправним нормама које имају искључиво процесну садржину. Супротно, нормe материјалног права су нормe понашања адресоване на појединце, а материјалноправне последице наступају онда и само онда када су испуњене све претпоставке кроз наступање конкретних чињеница.

III. Признање тврдњи

Смисао расправног начела је и у праву располагања идеалним чињеничним стањем, што се пре свега везује данас за питање потребе доказивања. Од странака зависи да ли ће се нека тврдња уопште проверавати доказивањем, или ће директно постати део подлоге за пресуђење. Суштина је, дакле, у директној страначкој детерминацији елемената чињеничног стања.

Институт који је нужна последица права располагања идеалним чињеничним стањем је признање тврдњи којим је суд везан. Природа овог института није одувек била иста, и мењала се заједно са концепцијом метода оцене доказа. Од важења формалне оцене или слободне оцене доказа, зависило је и његово схватање, тј. схватање његове суштине која би била иста и у једном и у другом систему, а то је везаност суда. У систему формалне оцене доказа, признање тврдњи представља доказно средство. Како су сва доказна средства начелно законски фиксирана, у смислу њихове доказне снаге, па ако су испуњени прописани услови сматра се да је нека тврдња доказана, чиме постаје део чињеничног стања, онда је признање тврдње логично управо доказно средство. Наиме, суд при испуњености прописаног услова – признање тврдње – узима такву тврдњу за подлогу свог пресуђења. Увођењем слободе оцене доказа и напуштањем формалне, законске, и признање тврдњи добија другачију законску редакцију. Наиме, сада се признате тврдње не доказују, или признате тврдње не требају доказа. Тада је признање тврдњи установа која доводи до непотребности доказивања. По својој природи је изјава хтења, јер је суд везан таквим хтењем. Чак и када је признање учињено у форми изјаве о знању, оно у својој суштини представља опет изјаву хтења. Јер, могуће је и да странка изричито каже да је неистинита тврдња, али да је свеједно признаје, што везује суд.⁶⁴ То је сасвим могуће, јер расправно начело управо подразумева власт странака у погледу чињеничног материјала и чињеничног стања.

Ипак, овакво третирање признања тврдњи које је својствено савременом поимању, условљено је тежњом да се целокупан поступак ослободи од призива

⁶⁴ Уп. *Leipold* in: *Stein/Jonas*, ZPO²², § 288 Rn. 4.

формалне доказне теорије, и да се у потпуности усклади са концептом слободне оцене доказа. Управо због тога се инсистира да се не ради о доказном средству, већ о непотребности доказа. Но, резултат је исти као и да се призна доказна функција – суд мимо свог „слободног уверења“, па чак и против, мора да признату тврдњу узме за подлогу пресуђења.

IV. Субјективни терет доказивања

1. Појам

Историјски посматрано, данашња слика обрађивања терета доказивања у којој је акценат на објективном терету новијег је датума. Све до краја XIX века примат је имао субјективни терет доказивања, односно ни сам објективни терет доказивања се није афирмисао. То чини тек *Розенберг*, који и фундаира и афирмише објективно поимање терета доказивања.⁶⁵ Субјективни терет доказивања као проблем сагледава из угла странака. У том смислу се поставља питање која странка треба да предлаже доказе за одређене чињенице. Питање се везује за почетак поступка, а не као код објективног терета за његов крај.

Према устаљеном одређењу у теорији субјективни терет доказивања, назван још и формални терет (*formelle Beweislast*), или терет извођења доказа (*Beweisführungslast*), подразумева прави процесни терет странке да кроз сопствену активност доведе до извођења доказа како би избегла губитак спора.⁶⁶ Кроз предлагање доказа странка управо смањује могућност настанка *non liquet*-а и тиме – зато што њу погађа ризик неразјашњености – избегава губитак спора. Ради се о правом процесном терету, а не дужности или обавези странке; предлагање доказа је у њену корист, па ако то не чини, излаже се опасности у виду негативних последица по свој процесни положај. Стога се кроз наведено показује колики примат и у концепцијском смислу има објективни терет доказивања. Он је централна фигура, и као његова последица, тј. последица његове потенцијалне примене постоји субјективни терет доказивања.⁶⁷ Читава активност на плану доказивања се тако у овом контексту усмерава ка избегавању *non liquet*-а.

2. Везаност за расправно начело

Субјективни терет доказивања је директна последица правила расправног начела да само странке предлажу доказе и да суд нема овлашћење да их изводи по

⁶⁵ На више места *Розенберг* наглашава да је смисао његовог учења објективни тере доказивања, односно како га он назива терет утврђења (*Feststellungslast*); *Rosenberg, Beweislast*⁴, *passim*; уп. и *Prütting ZZP* 123 (2010), 135 (140).

⁶⁶ *Prütting* in: *MünchKommZPO*³, § 286 Rn. 98; уп. *Rosenberg/Schwab/Gottwald*¹⁷, § 115 Rn. 4; *Rosenberg, Beweislast*⁴, 16, 18 и след.; *Musielak*, *Grundlagen der Beweislast*, 36 и след.; *Узелац*, Терет доказивања, 70 и след.

⁶⁷ У том смислу доста јасно *Prütting* in: *MünchKommZPO*³, § 286 Rn. 94.

сл. дужности. Владајуће схватање у теорији је управо тог мишљења.⁶⁸ Наиме, уколико суд нема нити овлашћење, још мање дужност да изводи доказе без предлога странака, јасно је да странке имају субјективни терет доказивања. Од њихове активности зависи да ли ће бити поузданог утврђења тврдњи, или ће се доћи до *non liquet*-а. Странка која сноси терет доказивања, ради избегавања губитка спора кроз механизам објективног терета доказивања, има терет да предлаже доказе. Обрнуто, уколико би важило истражно начело, на суд се пребацује одговорност; он има дужност да изводи доказе без обзира на активност странака.

Ипак је важно истаћи и схватања која су додатно релативизовала устаљено учење да је субјективан терет доказивања могућ само у поступку по расправном начелу. *Мусилак* нарочито потенцира и један други угао гледања. Наиме, уколико се на субјективни терет доказивања гледа само кроз питање да ли странке морају да предложе доказе, онда је он заиста замислив само у поступку по расправном начелу. Међутим, на субјективни терет доказивања се може гледати и као на питање активност странке мотивисане сопственим интересом. У том смислу и у поступку по истражном начелу странке свакако предлажу доказе, и то би без сумње био један терет странака. То би био један *de facto* субјективни терет доказивања, који је сходно томе иманентан сваком поступку.⁶⁹ И поред наведеног, треба остати код традиционалног схватања субјективног терета доказивања и везати га само за расправно начело. Ако странке и само оне предлажу доказе, оне имају заиста прави субјективни терет доказивања. Обрнуто, уколико и суд има дужност да *ex offio* изводи доказе, тешко да се може говорити о правом терету странака.

⁶⁸ *Rosenberg*, Beweislast⁴, 24; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*¹⁷, § 115 Rn. 4; *Leipold* in: Stein/Jonas, ZPO²², § 286 Rn. 51; *Prütting* in: MünchKommZPO³, § 286 Rn. 99; *Fasching*², Rn. 880; *Rechberger* in: *Fasching/Konecny*, Kommentar III², vor § 266 Rn. 24; *Јакшић*⁶, т. 2417.

⁶⁹ Уп. *Musielak*, Grundlagen der Beweislast, 38 и след.; *Узелац*, Терет доказивања, 71 фн. 101.

§ 5 Концепт саодговорности суда и расправно начело: ублажено расправно начело као посебан модел

I. Уводне напомене

Расправно начело у моделском смислу подразумева екстремну позицију, што се и истиче у делу литературе да је нужност појма начела поступка. Према томе, странке су у потпуности одговорне за идеално чињенично стање, и оне спрам тога имају неограничено право располагања њиме. Обратно, суд је у потпуности пасиван, и он нема никаква овлашћења, још мање дужности, у погледу прикупљања процесног материјала. Због тога је и синоним за расправно начело „принцип пасивности суда“. Његова улога је да прими од странака изнети процесни материјал, да оцени доказе уколико има повода за тим, и да примени право на утврђено чињенично стање.

Практична потреба бављења расправним начелом довела је у контексту активности суда у најмању руку до постављања додатних питања. Бављење чистим моделима није било од користи нити у прошлости, а требало би да је тако и данас, а да се резултати не примене и на пољу конкретног процесног система. Већ је на више места напоменуто, а овде још једном, да схватања науке нису била усредсређена на моделско поимање начела да би се на њему и задржала. Реалност позитивноправно предвиђених активности суда на пољу прикупљања чињеничног материјала резултовала је теоријским покушајима да се дефинише и да јој се нађе место у успостављеној категорији расправног начела. Јер, расправно начело као важеће, без било каквог изузетка, изгледа да никада није ни постојало.¹ У резултату се ради, заправо, о одговору на питање опстанка расправног начела у моделу у којем је одговорност странака ублажена, али не у потпуности негирана, односно у којем оне имају очувану слободу располагања идеалним чињеничним стањем.

II. Типови активност суда у формирању чињеничног стања

1. Класична истражна овлашћења

Апсолутно јединствено схватање суштине расправног начела подразумева искључење истраге суда, тј. самосталног истраживања и утврђивања чињеничног стања. С обзиром да је суд везан тврдњама странака, тј. не сме да чињенично стање формира ван онога што су странке навеле, логично он не сме ни да самостално прикупља чињенице. Ако то чини, ради се о инквизиторном овлашћењу суда, које је, моделски, несједињиво са расправним начелом. Исто важи и за питање потребе доказивања, односно доказна средства. На крају, исту природу има и невезаност за признање тврдњи. Било која од наведених активности коју суд предузима по сл.

¹ Уп. *Stürmer*, Richterliche Aufklärung, Rn. 2.

дужности негација је расправног начела, представља његов пробој, сужавање, ограничење и сл. О томе спора у теорији нема.

Сходно изложеном, истражна радња суда подразумева израз истражног начела. Са њом се негира, у крајњој линији, један од три института који су нужне последице расправног начела. Ако суд и мимо тврдњи утврђује чињенице – негира се терет тврдње; ако није везан признањем тврдњи – оно се негира; ако није везан доказним предлозима странака – негира се субјективни терет доказивања.

У моделском смислу истражне радње суда су несједињиве са расправним начелом. Уколико су оне прописане у конкретном систему, то представља или изузетак који не доводи у питање важење расправног начела, или има значај његовог неважења.

2. Судијска дужност питања

Ради се о активности суда коју врши по сл. дужности ради утицања на странке да изнесу потребне тврдње и да предложе доказе, оно што се данас назива једним видом материјалног управљања парницом (*materielle Prozessleitung*), или дужношћу питања, односно упућивања суда да расветли стање ствари (*Frage-, Hinweis- bzw. Anleitungspflicht*). Реч је, барем што се тиче правног круга који имамо у виду, где и ми припадамо, о етаблираном појму.² Суд овде не може да иде преко воље странака, и да услед њихове пасивности самостално допуни њихове наводе тако што ће истраживати сам чињенице; исто и за доказне предлоге. Овај вид материјалног управљања парницом се често везује за аустријски поступак и *Франца Клајна* који га је наглашавао. Ипак, то није новина заиста револуционарног аустријског поступка, још мање откриће законодаца XX века. Оно је постојало много пре тога, и то у одређеној мери већ у римском праву, преко италијанско-канонског поступка, немачког општег поступка, све до поступака партикуларних немачких држава XIX века.³ Због тога се и питање односа ове активности суда и расправног начела поставља већ у XIX веку непосредно након *Генеровог* формирања начела. Дискусија траје до данас, иако можда не толико препозната у смислу који јој ми дајемо. Кључно питање је да ли се наведена активност суда карактерише као инквизиторно овлашћење суда, или не. Од тога у резултату зависи и поимање расправног начела и полагаја суда у таквом поступку. Због тога разлика није занемарљива и не своди се на питање терминологије, те је и заиста ствар научног система.⁴

² За домаћу доктрину уп. *Познић*, Коментар, 709; за немачку *Rosenberg/Schwab/Gottwald*¹⁷, § 77 Rn. 15 и след.; за аустријску *Schumacher, passim*.

³ За сумарни преглед уп. *Stürmer, Richterliche Aufklärung*, Rn. 3 и след., а за исцрпан *Bomsdorf*, 42 и след., 66 и след., 193 и след.

⁴ Тако изричито *Чалија* ГСа XX (1972) 183 (195), с тим да не препознаје све последице оптирања за један од два става.

А. Појам и смисао

Судијска дужност питања подразумева активност суда која је уперена ка томе да странке изнесу сав потребан процесни материјал. Најчешће она има облик питања упућеног странкама, али се може манифестовати и на друге начине; тако и само саопштавање странкама правне квалификације спора може имати такав значај. У сваком случају, што је најбитније, кроз ову активност суд не преузима страначке улоге. Другим речима, она је ограниченог домета, јер све што суд може да учини јесте да пита странке. Да ли ће оне поставити тврдње или предложити доказе, остаје на њима.

На основу реченог се види смисао судијске дужности питања. Наиме, кроз њено постојање се не скида у потпуности одговорност странака за идеално чињенично стање, с обзиром да суд не може да надомести њихове тврдње и доказне предлоге. Она ипак ублажава одговорност странака, с обзиром да суд има дужност да, онда када постоје дефицити тврдњи или доказних предлога, скрене пажњу странкама. Како се ради о *дужности суда*, њено кршење је и разлог за правни лек. Дакле, ради се о успостављању судијске саодговорности за идеално чињенично стање, што је добро афирмисана мисао у германској доктрини (*richterliche Mitverantwortung*).

Б. О инквизиторној природи дужности питања

Могло би да се каже да је питање природе судијске дужности питања од значаја искључиво за теорију и да нема апсолутно никаквог значаја за праксу.⁵ Јер, уколико суд има дужност питања, онда је свеједно како ће се назвати модел и у складу са тим и означити важеће начело једног поступка. Исто тако, подела може да се чини и да је непотребно вештачка. Но, то је само на први поглед. Нијансирања у историји процесног права нису била инспирисана (само) теоретским потребама и нису била намењена задовољењу научних апетита, већ су се тицала, пре свега, конкретних питања и конкретне примене процесног права. Кроз упоредноправни део овог рада ће се то на најбољи начин и потврдити. Међутим, сматрамо да је за садашње домаће стање поводом расправног начела одређивање судијске дужности питања од фундаменталног значаја. О томе ће бити посебно речи на одговарајућем месту. Овде је потребно само да се демистификује дужност питања и да се образложи теза да се не ради о истражној радњи суда, још мање – како се то доста често у домаћој доктрини говори – о „важењу истражног начела“.⁶

Полазна премиса је сама дужност питања и њен механизам. Како је већ речено, суд мора само да пита странке како би оне употпуниле процесни материјал.

⁵ Уп. *Чалија* ГСа ХХ (1972), 183 (195): ствар је само научног система како ће се класификовати ова дужност суда.

⁶ *Г. Станковић*⁷, 231; *иста* у: Новине у ГПП, 21; *Рачић*, 267; *М. Милошевић* ИСП 10/2007, 5 (8 и след., нарочито 10); *Б. Живковић* Билтен АС БГ 4 (2012), 37 (38); *Андрејевић* Билтен ВКС 3/2012, 91 (101). Супротно *Познић*, Коментар, 709, који очигледно у дужности питања не види одступање од расправног начела, што је само случај са (правим) истражним овлашћењима.

Он не сме у случају пасивност странке након питања да преузме њихове улоге које имају спрам правила расправног начела. Друга премиса је значење истражних овлашћења. Она се не могу схватити изоловано од појма истражног начела, што је чинила рана дотрина која је некритички преузела схватање *Генера*, и што управо чини добар део домаће доктрине. Није свака активност суда на плану прикупљања процесног материјала истражна, већ је то само она која се уклапа у правила истражног начела и остварује његову функцију. Стога, само онда када суд самоиницијативно предузима радње којима се мимо држања странака и упркос њиховој пасивности утврђује чињенично стање, постоји и инквизиторност. Тамо где он то не чини, а управо је то испуњавање дужности питања, нема ни инквизиторности. Уколико се не резонује тако, већ на начин овде критиковане доктрине, долази до противуречности на концепцијском плану. Наиме, истражно начело је и за овај део доктрине неспорно начин формирања чињеничног стања без обзира на држање странака. Како је онда могуће да суд „примењује истражно начело“ када пита странке нпр. да предложе доказе, а уједно не сме сам да их изведе и тиме оствари смисао истражног начела – утврђење идеалног чињеничног стања. Иако не препознаје проблем, *М. Милошевић* изгледа тражи спас у очувању ове идеје кроз тезу о истражном начелу пуног капацитета и истражном начелу у суженом обиму; прво је класично истражно начело, а друго је дужност питања.⁷ Међутим, крајње је упитно може ли се уопште бранити оваква теза. Она је исправна само ако се пође од исходишта оваквог резонувања, а то је рудиментарно схватање како расправног начела, тако и истражног. По среди није ништа друго до *Генерово* схватање „ништа по сл. дужности“, односно „све по сл. дужности“. Ипак, развој доктрине узрокован, пре свега, постојањем дужности питања и његовом нужношћу је показао да и на концепцијском плану једно одсечно „или-или“ није исправно. Такав приступ на крају и није могао да опстане са одлучним напуштањем појмовне јуриспруденције и једног схоластичког схватања принципа. Истражно начело и иста таква овлашћења суда морају да имају свој прецизан садржај, а то је неспорно за све утврђивање чињеничног стања независно од држања странака. Управо зато се и може рећи да је расправно начело важећа максима једног система и поред постојања дужности питања.

Сходно изложеном, судијска дужност питања није истражна радња суда, а тим пре није важење истражног начела. Или је у једном конкретном процесном систему расправно начело важеће, или је истражно. Уколико постојање дужности питања пресудно утиче на важеће начело, онда је то – евентуално – нешто треће. Управо се овај проблем и обрађује у наредном делу.

⁷ ИСП 10/2007, 5 (10).

III. Однос расправног начела као модела и судијске дужности питања

1. Постављање проблема: компатибилност са расправним начелом

Судијска дужност питања је реалност савременог поступка. Због тога се и поставља питање у каквом је она односу са расправним начелом, и то у догматичком смислу. Овде није питање како се сагледава систем у којем важе правила расправног начела и судијска дужност питања, већ се на догматичком нивоу испитује компатибилност. Наравно, тако добијени резултат се касније транспонује и на нормативни ниво начела. Управо спрам тог параметра се и препознају правци доктрине.

2. Схватања доктрине

У складу са постављеним питањем у доктрини се могу препознати два схватања модела начела у којем важе правила расправног начела и судијска дужност питања. У складу са тим, заправо, постоје два догматичка појма начела која подразумевају терет тврдње, везаност суда за признање тврдњи и субјективни терет доказивања. Јер, ако се постојање дужности питања у поступку гледа само као изузетак од важећег начела, онда је јасно да постоји само расправно начело у догматичком смислу. Обрнуто, уколико постојање дужности питања утиче на важеће начело у појмовном смислу, то онда и значи да се уједно и ради о начелу у догматичком смислу које у својој садржини има такву активност суда. Разлика је очита: или постоји расправно начело које је као модел некомпатибилан са судијском дужношћу питања, или постоји ново начело које је управо компатибилно са њом.

А. Чисто расправно начело

Може се рећи да је још увек већинско схватање доктрине, и то како домаће тако и немачке, аустријске и швајцарске, оно о чистом расправном начелу као једином моделу. Такав модел подразумева да су странке и само оне одговорне за формирање идеалног чињеничног стања. То није само и изоловано одређење, јер такво начело има далекосежне последице на структуру поступка. Последица тога да су странке тотално одговорне јесте и тотална пасивност суда. У резултату ово схватање није ништа друго до изворно *Генерово* „ништа по сл. дужности“ и према томе апсолутна пасивност суда. Расправно начело у догматичком смислу је екстремна могућност уређивања процеса формирања чињеничног стања, јер подразумева да суд нема никаква права, још мање и дужности. Због тога се ово схватање може означити као схватање о чистом (вулгарном) расправном начелу.

Схватање овог правца се препознаје из квалификовања важећег начела система у којима важе правила расправног начела и у којима суд има дужност питања. Наиме, тада је важеће начело расправно начело: странке су одговорне за идеално чињенично стање. Дужност питања је, касније након таквог одређења, само

изузетак, ублажавање, што је сасвим могуће у нормативном значењу начела. Међутим, и то је пресудно, то остаје само изузетак и ништа више, јер се не доводи до успостављања новог догматичког појма. Стога је јасно да се овде инсистира на само једном једином појму расправног начела у догматичком смислу, а то је чисто расправно начело.

Позадина овог схватања није јединствена и разликује се. За старију доктрину, али и за добар део савремене домаће, разлог због чега се правила расправног начела везују за пасивност суда би био тај што се управо полази од *Генеровог* ништа по сл. дужности. У том смислу би свака активност суда на плану прикупљања процесног материјала, па било то и само постављање питања странкама преко којих се не може ићи, била истражна радња суда.⁸ Због тога је и дужност питања – ако постоји у конкретном систему – изузетак од начела. За савремену немачку доктрину се то не може рећи, јер очигледно није пресудно ово питање. Полази се од суштине правила расправног начела – одговорност странака за идеално чињенично стање. Због тога је и дужност питања ублажавање ове одговорности, јер чим је то дужност њено неиспуњавање подразумева грешку суда што има своје фундаменталне практичне последице. Утолико и дужност питања у оквиру савремене доктрине никако и није истражна радња суда, с обзиром да суд не може да надомести активност странака.⁹ Међутим, то не мења ништа у резултату, јер је дужност питања само изузетак од модела, а то је чисто расправно начело.

Б. Схватања о начелу које се састоји и од дужности питања

Схватања о начелу које не третира дужност питања као начелно несједињиво са правилима која изражавају слободу и одговорност странака за идеално чињенично стање, подразумева да је она интегрални део новог начела. Ради се о моделу који као такав на појмовном плану нуди како правила расправног начела, тако и судијску дужност питања. Због тога у једном таквом конкретном систему не важи расправно начело које је ублажено кроз саодговорност суда као изузетак, већ је саодговорност суда интегрални део самог важећег начела. То има значајну последицу на положај суда у замишљеном моделу: судија је већ на том новоу активан учесник процеса прикупљања чињеничне грађе, односно он није пасивни посматрач спора. У том смислу је судијска дужност компатибилна са правилима расправног начела, јер оба аспекта заједно граде појам начела. У суштини, јасно је да се ради о једној модификацији расправног начела, али у теоријском смислу то представља засебан модел.

У погледу називања овог модела постоји подела на два правца који су и историјски раздвојени. С једне стране је деветнаестовековно схватање о „исправно схваћеном расправном начелу“, а с друге стране је савремено схватање о

⁸ То се доста поуздано може приписати домаћој доктрини која дужност питања карактерише као истражно начело; в. фн. 6.

⁹ Тако у резултату *Leipold* in: Stein/Jonas, ZPO²², vor § 139 Rn. 2; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*¹⁷, § 77 Rn. 5; *Prütting* NJW 1980, 361 (363).

модификованом расправном начелу, или максими кооперације, ређе „радној заједници суда и странака“.

а) Такозвано исправно схваћено расправно начело

Теза о исправно схваћеном расправном начелу потиче из XIX века. Формира се већ мало након *Генера* и постоји све до краја века. У свом темељном истраживању *Бомсдорф* је дао синтезу овог схватања и именовao правац. Иако његово истраживање и закључци имају другу намену и циљ, оно што је он препознао је од суштинског значаја и за питање које се овде обрађује. Доктрина о исправно схваћеном расправном начелу подразумева да на догматичком плану постоји расправно начело у којем суд има дужност питања. То није изузетак од расправног начела, већ његов „стварни садржај“.¹⁰

Кратки увод и напомена се мора учинити да би се разумело ово схватање. Наиме, оно се одлучно бори против чистог расправног начела на горе изложени начин, и то како на нормативном нивоу, тако и на догматичком. *Генерово* „ништа по сл. дужности“ и у складу са тим немогућност било какве активности суда је за овај правац погрешно схватање расправног начела. Разлог за „побуну“ није на теоретском нивоу, већ је, прво, то истраживање тадашњег права које важи и у том смислу означавање начела које важи, и друго, то је касније дискусија *de lege ferenda*, с обзиром да се тада стварају услови за доношење јединственог немачког закона. У том смислу се већ за опште право истиче да не важи расправно начело у *генеровском* смислу „ништа по сл. дужности“, већ важи „исправно схваћено расправно начело“. Оно је, како *Вах* касније истиче „према свом правом садржају“¹¹ (*ihrem wahren Inhalt nach*), само забрана судске истраге, тј. немогућност да суд противно вољи странака прикупи и искористи процесни материјал.¹² Супротно, постављање питања ради допуне процесног материјала од стране странака није пробијање расправног начела, јер суд не може да надомести страначку активност која је једина релеванта – од странака зависи да ли ће одговорити на позив суда да се употпуни процесни материјал или не. Активност суда је штавише интегрални део важећег расправног начела, и у томе се види означавање важење максиме као „исправно схваћеног расправног начела“.

Иако се ово све односи на тадашње опште право, управо инсистирање на означању важећег принципа супротно методологији *Генера* и његових следбеника показује свест о томе да се ради и о засебном догматичком појму начела. Јер, да то нису желели они не би говорили о исправно схваћеном расправном начелу, већ би то чинили онако како се то чинило тада, а нарочито данас – говорили би о

¹⁰ У том смислу *Wach KritV* 14 (1872), 329 (330).

¹¹ *Wach KritV* 14 (1872), 329 (330).

¹² У том смислу *Gensler AcP* 3 (1820), 289 (306 Fn 7); *ders. AcP* 4 (1821), 27 (30); *Wach KritV* 14 (1872), 329 (332); тако и *Renaud, Lehrbuch*, 183, иако њега *Бомсдорф* не сврстава у схватање о „исправно схваћеној расправној максими“. Наиме *Рено* изричито наглашава да овлашћење суда да пита странке ради допуне чињеница није изузетак од расправне максиме, што значи да никако не заступа тезу о апсолутном „ништа по сл. дужности“ као појму расправног начела.

изузетима или пробијању расправног начела.¹³ *Генслер* (*Gensler*), који је уз *Митермајера* (*Mittermaier*) творац овог схватања, то најбоље показује *Генслер*, јер напомиње да је „право расветљавања, односно право питања судије битан и законски принцип немачкоправне расправне максиме“.¹⁴

„Исправно схваћено расправно начело“ према реченом подразумева модел у којем суд није пасиван, он није неми слушалац расправе или машина кроз коју пролазе поднесци странака,¹⁵ што *Генслер* још енергичније истиче:

[у]осталом је, хвала Богу!, неистинито, да је према расправној максими судија једна лопта или једна марионета странака.¹⁶

Поуздано се може тврдити да је полазна идеја овог схватања сам појам „истражне активности“ на начин како је и постављен овај проблем. Сходно томе, истражна активност није свака *ex officio* радња суда усмерена ка утврђивању чињеничног стања, већ је то само она која мимо воље странака доводи до утврђења. На томе инсистирају сви, јер напомињу да је у расправном начелу забрањена само истрага суда. Управо због тога је и могуће да се модел поступка у којем важе правила расправног начела и у којем суд има дужност да утиче на странке да изнесу процесни материјал и означи као расправно начело.

б) Модификовано расправно начело, максима кооперације, радна заједница суда и странака

Друго схватање које интегрише судијску дужност питања у нов појам и садржај начела се јавља релативно скоро, уколико се то гледа у односу на тезу о исправно схваћеном расправном начелу. Као заокружено схватање јавља се у тези о максими кооперације, или модификованог ублаженог начела, и то у Немачкој крајем седамдесетих и почетком осамдесетих година прошлог века. Наиме, пошто је тада у Немачкој већ постојао закључени концепт судијске саодговорности, овај правац истиче да је важеће начело немачког поступка максима кооперације (*Kooperationsmaxime*),¹⁷ или модификована расправна максима (*modifizirte Verhandlungsmaxime*).¹⁸ Дакле, не говори се о судијској саодговорности само као изузетку од важећег начела, већ је она интегрални део. Због тога се користе термини кооперације или модификације.

Ипак, код оних говоре о максими кооперације нема јединственог схватања. Наиме, за један део доктрине то је заиста модификација расправног начела, али се инсистира на томе да то свакако није *mixtum compositum* расправног и истражног

¹³ Истину за вољу и на тако нешто се спорадично може наићи и код ових аутора, али чини се само са намером да се претходно разбије догма о апсолутном значењу правила „ништа по сл. дужности“.

¹⁴ *Gensler* AcP 3 (1820), 289 (306 Fn 7). Да су *Генслер* и *Митермајер* творци овог схватања је резултат *Бомсдорфовог* истраживања; в. *Bomdsdorf*, 172.

¹⁵ *Mittermaier* AcP 5 (1822), 177 (185).

¹⁶ *Gensler* AcP 4 (1821), 27 (30). За исцрпну реконструкцију схватања доктрине о „исправно схваћеном расправном начелу“ у погледу судијске дужности питања в. *Bomdsdorf*, 171 и след.

¹⁷ *Betterman* ZZP 91 (1978), 365 (391); *Wassermann*, Sozialer Zivilprozeß, 109; *Stürner* in: FS Baur, 647 (657); *Hahn*, 299 и след.

¹⁸ *Peters*, 107 Fn. 4.

начела, нити је то *tertium*.¹⁹ Дакле, иако се јасно говори да је то нешто друго од расправног начела већ на појмовном плану, уједно се и негира идентитет начела. За други део доктрине максима кооперације управо постаје право засебно начело – оно је заиста *tertium*.²⁰

Разлике у односу на тезу о исправно схваћеном расправном начелу су на први поглед само термилошке, јер и ово схватање негира истрагу суда, тиме признајећи широку слободу странкама. Оно што је можда разлика је акцентовање супротности са самим расправним начелом. Тежиште аргументације, што се на крају види и из термина, је управо на саодговорности суда, што у моделу расправног начела не постоји. Свакако, и за ово схватање дужност питања суда није истражно овлашћење и оно не види у томе ублажавање чистог модела; једноставно, дужност суда није инквизиторне природе, јер не може да се претвори у истрагу суда. И овде се модификација види у сваљивању дела одговорности за идеално чињенично стање на суд.²¹

Ипак, максима кооперације у немачкој доктрини има у друго значење, и заступају је они који се битно удаљавају од идеје о суштинске модификације расправног начела.

3. Сопствено мишљење: ублажено расправно начело

А. Појам ублаженог расправног начела

Расправно начело подразумева пасивност суда. Уколико је суд активан, јер има дужност питања, он постоје саодговоран за изношење процесног материјала. Такав модел, треба се сложити за делом литературе, више и није расправно начело. Чини се да је најприкладнији назив ублажено расправно начело.

Ублажено расправно начело подразумева да су странке принципијелно одговорне за идеално чињенично стање. Пре свега, и даље су само оне овлашћене на прикупљање процесног материјала. Иквизиторне активности суда нема. Међутим, суд је саодговоран за идеално чињенично стање, јер он има дужност да странкама укаже на дефиците процесног материјала који прете формирању идеалног чињеничног стања. С обзиром да се не ради о иквизиторној дужности суда, он не може да замени улоге странака. Уколико оне не одговоре на његове позиве и указивања, и не санирају дефиците процесног материјала, суд нема више никаквих овлашћења. Стога се и показује да је у ублаженом расправном начелу очувано слободно располагање идеалним чињеничним стањем.

¹⁹ Изричито *Betterman* ZZP 91 (1978), 365 (391); *Stürmer*, Richterliche Aufklärung, Rn. 11; *ders.* in: FS Baur, 647 (657).

²⁰ У том смислу *Wassermann*, Sozialer Zivilprozeß, 109; уп. *Hahn*, 299 и след.

²¹ Уп. *Hahn*, 299 и след.

Б. Методолошка основаност појма ублаженог расправног начела

У савременој доктрини се може наићи на колико-толико изричите ставове поводом методолошке основаности различитих модела начела узрокованих постојањем судијске дужности питања. Ради се о спору о формирању модела који треба да замени модел чистог расправног начела. Повод, још једном наглашавамо, није био на концепцијском нивоу, већ је био узрокован потребом да немачки поступак добије ново важеће начело које ће заменити дотадашњи модел чистог расправног начела, који је у појединостима значајно ублажен. Имајући то у виду, као и контекст у којем се на овом месту обрађује расправно начело, аргументација која се односи на основаност новог модела у смислу правнополитичких аспеката се оставља по страни. Као што и наслов говори, овде се обрађују само методолошки аспекти.

Аргументација поборника новог модела је позитивноправна реалност с једне стране, и с друге стране означавање остајања при традиционалном моделу анахронизмом или схоластичким приступом. У том смислу се традиционални модел означава као неприкладан, јер постојање дужности питања нема више везе са (чистим) расправним начелом. Због тога је потребно начело назвати правим именом, а то управо због позитивноправног стања не може више да буде расправно начело.²² Методолошка линија аргументације је очита, јер је неисправно рећи да важи расправно начело – мислећи тиме на чисто (вулгарно) – а потом истицати његова значајна ограничења.²³ Хан (*Hahn*) очито критикујући традиционални приступ и на методолошком плану у овом аспект тако и поставља питање.

Уопште се треба питати да ли описивање поступка кроз његове максиме значи и стварање привада једног целовитог процесног света који нормативно већ реално уопште не постоји.²⁴

Види се, дакле, да је основни аргумент волумен изузетка од расправног начела, који је толики да нема више говора само о изузетку, већ методологија налаже напуштање појма чистог расправног начела у ситуацији када постоји дужност питања суда.

С друге стране, истиче се да је остајање при традиционалном моделу израз само схоластике и екстремне појмовне јурсипруденције. Он је тако више једна догма из које се – верује се – могу дедуковати сва могућа решења појединачних проблема.²⁵

Одговор на ове, може се слободно рећи константне критике је дат од стране поборника традиционалног приступа. Прво, значајна је Хенкелова (*Henckel*) мисао у којој он и показује свест о двозначности појма начела. Наиме, он полази од тога да начела – у нашем смислу у догматичком значењу начела – управо јесу екстреми; то су екстремне могућности обликовања поступка и у том смислу су оријентационе тачке уређења. С друге стране, баш због тога што су то екстреми, начело у

²² Уп. *Wassermann*, *Sozialer Zivilprozeß*, 108 и след.

²³ Тако наричито *Bomsdorf*, 280 и след.; у истом смислу и *Wassermann*, *Sozialer Zivilprozeß*, 97 и след.

²⁴ *Hahn*, 48 Fn. 105.

²⁵ У том смислу *Wasserman*, *Sozialer Zivilprozeß*, 108; уп. *Stürner*, *Richterliche Aufklärung*, Rn. 11; *Henckel* in: *GS Bruns*, 111 (122 и след.).

догматичком смислу увек има свој (догматички) антипод. Према томе, принцип кооперације који треба да замени расправно начело нема своју супротност; он не маркира граничну тачку процесних могућност обликовања, између којих се стварни поступак мора настанити, већ је он захтев који има апсолутни карактер.²⁶ Због тога се и *Васерману* (*Wassermann*) пре свега пребацује оно што он сам пребацује традиционалном схватању, а то је корак од новог догматизирања. Друга критика потиче исто тако од *Хенкела*, али су и други касније на истој линији. Наиме, околност да заиста постоји судијска дужност питања не значи да се при остајању код расправног начела она занемарује. У томе се опет види свест о начелу у моделском смислу и његовој нормативној страни. Тај аспект је нарочито видљив код *Лајполда*, јер нарочито истиче, као што је већ напред и речено, да постојање једног начела не значи да оно не трпи изузетке. Оно, међутим, изражава основну вредносну одлуку законодавца, што у случају расправног начела значи да се принципијелно странкама намеће одговорност за идеално чињенично стање. Када се то „преведе“ у контекст о којем ми говоримо, ни дужност питања због своје природе методолошки не оправдава напуштање појма расправног начела и формирање новог. Управо је за традиционално схватање волумен ублажавања чистог расправног начела недовољан да се он уздигне у конститутивни елемент новог начела.

Аргументација и једног и другог схватања има своју вредност и оправдање, али је битно да се има у виду угао посматрања. За традиционално схватање се тако може рећи да је оправдано уколико се заиста смисао расправног начела сагледава као одговорност странака за идеално чињенично стање, али и – не треба заборавити – право располагања њиме. Све док странке принципијелно имају и одговорност и право располагања, односно док суд нема истражна овлашћења, може се говорити само о расправном начелу као једином моделу. Ако постоји судијска дужност питања, то је спрам овог угла гледања само ублажавање одговорности, једне компоненте смисла правила расправног начела. Нити је одговорност странака негирана у резултату – јер суд не може да преузме улоге странака – нити њихово право располагања. У том смислу се и може рећи да је у систему у којем паралелно постоје правила расправног начела и дужност питања важеће расправно начело.

Ипак, управо спрам релације самог принципа и изузетка у квалитативном смислу је оправдано говорити о ублаженом расправном начелу. Методолошки заиста није неисправно говорити о важећем принципу који трпи изузетке, али да се тиме не доводи у питање његово важење. Но, питање је квалитативне границе до које се сме доћи. Дакле, и оно што сами заступници доктрине о расправном начелу као једином догматичком моделу напомињу, изузетак не може да угрози правило. У том смислу се и поставља питање у чему је изузетак судијска дужност питања од расправног начела. Без сумње то је линија одговорности, јер суд постоје саодговоран. То није негација одговорности странака, већ само ублажење, јер на странкама опет остаје последња одговорност. То је и традиционална аргументација доктрине о чистом расправном начелу као једином моделу. Томе се на први поглед

²⁶ *Henckel* in: *GS Bruns*, 111 (125).

не може ништа приговорити, јер заиста дужност питања само ублажава смисао расправног начела, али га не негира. Међутим, у квалитативном смислу је то управо толико значајно ублажење смисла расправног начела да се доводи у питање принципијелни карактер. То није један маргинални изузетак, већ он темељно модификује основни смисао – сада суд постаје саодговоран. С друге стране, а то је можда и значајније, постојање дужност питања темељно мења концепцију поступка и његову структуру. Наиме, кроз уређивање одговорности за идеално чињенично стање се пројектује улога суда у поступку и степен његове активности. Расправно начело, према томе, подразумева да је суд тотално пасиван. Постојање судијске дужности питања фундаментално мења парадигму поступка – судија је тада активан и саодговоран. Према томе, показује се да није могуће да се тада остане при одређењу да важи расправно начело, мислећи тиме на чисто, а да је оно ублажено кроз активног и саодговорног судију. Чини се неспојивим да се инсистира на принципу који подразумева једну улогу суда и структуру поступка уопште, а да се притом каже да је такав принцип само ублажен, и то заправо у резултату на тај начин да суд нема више „изворну улогу“, и да структура поступка не почива на премисама принципа.

Што се тиче методолошког приговора *Хенкела* о нужности традиционалног приступа формирања појма начела, може се поставити питање да ли је он и једини методолошки исправан пут? Чини се да није, јер се тиме онемогућава развој науке. Појава нових решења у позитивном праву тада не би могла да доведе нити до формирања нових начела, нити до редефинисања старих. У том смислу се и критикује овакво статичко мишљење максимама (*statisches Maximendenken*), с обзиром да је мало употребљиво.²⁷ Приговор да начело у догматичком смислу већ мора да има свој антипод, и то као екстремну могућност, чини се да није до краја исправан. Изостанак таквог појмовног пара може само да има једну психолошку функцију, тј. може да ослаби убедљивост начела.²⁸ Међутим, ако се захтева да постоји и антиподно начело, онда се из сваког покушаја формирања новог начела може формирати и антиподно. Ствар је само у томе што треба бити свестан у чему се састоји антипод, односно у ком аспекту. Тако, ако се говори о ублаженом расправном начелу мора се знати у погледу чега постоји њему антиподно начело. С обзиром да је смисао ублаженог расправног начела ублажавање одговорности странака за идеално чињенично стање, антипод овом начелу су како расправно начело, тако и истражно. Тако гледано, и не стоји приговор *Хенкела*, јер антипод ублажном расправном начелу постоји, и то у два смера. Због чега се не би изразио нов догматички појам начела које се односи на прикупљање процесне грађе на начин који на крају одговара у потпуности позитивноправној реалности. И сам *Хенкел*,²⁹ као и већина других,³⁰ на крају истиче значај максима поступка у смислу важности за описивање и разумевање једног конкретног поступка.

²⁷ *Hofmann ZfP* 126 (2013), 83 (100/101).

²⁸ У том смислу *Hofmann ZfP* 126 (2013), 83 (102).

²⁹ *Henckel* in: *GS Bruns*, 111 (124).

В. Терминолошко образложење

Термин ублажено расправно начело није „празан“ или „неречит“, као што би то био термин „принцип кооперације“.³¹ Исто тако, у њему се не препознаје можда скривена намера напуштања концепта страначке одговорности, јер већ тиме што се термин „расправно начело“ спомиње у називу је очуван смисао – одговорност и слобода странака. С друге стране, ублаженост управо има за задатак да покаже да се не ради о чистом моделу. Оно показује нешто што управо представља судијску саодговорност – ублажавање одговорности странака, али ништа преко тога у правцу истражних активности. На крају, приговори који су упућени термину „максима кооперације“, па ствара једну утопијску слику, или лажни приказ хармоније између сва три субјекта, не могу бити упућени и „ублаженом расправном начелу“. И при њему се обезбеђује основна мисао, а то је да је парница спор, и да таква мора и остати.³²

IV. Закључак: постојање два модела у којима постоји слобода и одговорност странака

Резултати овог дела истраживања показују да одговорност странака за идеално чињенично стање може бити различито изражена, а да се при томе не одузме странкама слобода располагања идеалним чињеничним стањем. Један модел је расправно начело, у којем постоји одсечна и искључива расподела улога у погледу сакупљања процесног материјала. Он подразумева апсолутно пасиван суд, и сходно томе тоталну одговорност странака. Други модел је ублажено расправно начело, које се од расправног начела разликује само у степену одговорности странака. У њему је суд саодговоран, и има дужност питања, чиме је ублажена одговорност странака. Из ове пресудне разлике се другачије манифестује улога суда; он више није пасиван на плану прикупљања процесног материјала, већ активни чинилац. Тиме што има дужност да странкама укаже на дефиците процесног материјала и потребу за његовим изношењем показује се његова активност. Међутим, оваква активност не доводи у питање страначку слободу, јер само оне и даље могу да износе процесни материјал. Истражне активности нема.

³⁰ Уп. *Rauscher* in: *MüchKommZPO*³, Einl Rn. 273; *Leipold* in: *FS Fasching*, 329 (331); *Stürner* in: *FS Baur*, 647 и след.

³¹ За такве критике уп. *Jauernig*²⁹, § 25 VIII 3; *Leipold* *ZZP* 93 (1980), 237 (263 и след.).

³² За такву слику парнице *Leipold* *ZZP* 93 (1980), 237 (264).

§ 6 **Оправдање расправног и ублаженог расправног начела**

Готово да се целокупан спор у погледу расправног начела током његове историје односио на питање оправдања расправног начела. Поводи су несумњиво били правнополитичке, идеолошке природе. Начела као таква су сама правнополитички детерминисана, а изгледа да је питање прикупљања процесног материјала у највећој мери.

У овом делу ће бити изложен и обрађен комплекс питања који се тиче оправдања одговарајућег модела. Наиме, резултат претходног дела у виду постојања другог начела које подразумева одговорност и право странака у погледу идеалног чињеничног стања, али које има у свом садржају и саодговорност суда, умножава традиционално излагање материје. Поред оправдања расправног начела у односу на истражно, сада се поставља питање и оправдања расправног у односу на ублажено расправно.

I. Оправдање расправног начела у односу на истражно начело

1. Такозвано техничко оправдање

Једно од честих оправдања расправног начела је оно које се назива техничким или оправдањем целисходности. Ради се о тези да је расправно начело најцелисходнији начин да се расветли стање ствари и да се утврди „истина“. Странке су, пре свега, на изворишту информација, док с друге стране њихови супротстављени интереси доводе до тога да оне поставе све тврдње и предложе све доказе.¹ На крају, и признање тврдњи, које по дефиницији подразумева да странка признаје за њу неповољне тврдње, обезбеђује да ће оно бити у највећем броју случајева истинито; јер, нико не признаје нешто на своју штету.² Да је то целисходније од истражног начела јасно је и спрам реалности: парнични суд нема сопствени истраживачки апарат на располагању и не може да се ослони на помоћ других органа.³ Но, у сваком случају истрага суда сигурно дуже траје, па је тако и расправно начело у складу са ефикасношћу.⁴

Ово, може се рећи традиционално оправдање, иако се назива техничким, односно означава се чистим питањем целисходности, ипак је правнополитичког карактера. Пре свега, почетна премиса је предмет целисходности, а то је расветљавање стања ствари и утврђивање „истине“, односно у смислу нашег схватања о идеалном чињеничном стању – његово формирање. Питање је онда само како то начелно обезбедити – да ли кроз расправно или истражно начело. Стога је то већ питање правне политике, јер се бира пут за постизање циља који је сам правнополитички детерминисан. Наиме, може се и поставити другачији циљ:

¹ Уместо свих *Stürmer*, *Aufklärungspflicht*, 51, са исцрпним упућивањима.

² Уп. *Познић*, Коментар, 26/27.

³ *Leipold JZ* 1982, 441 (448).

⁴ Уп. *Olzen ZZP* 98 (1985), 403 (417 и след.).

утврђење било каквог стања ствари, а не идеалног. У тој хипотези је наравно расправно начело једино прикладно. Према томе, тзв. техничко оправдање је правнополитичко оправдање, јер се полази од тога да је смисао парничног поступка утврђивање идеалног чињеничног стања и кроз њега исправно пресуђење.

2. Догматичко оправдање

Позив на „природу ствари“ би подразумевао у рудиментарном смислу оправдање расправног начела спрам приватне аутономије. Наиме, како се расправно начело схвата и као инструмент процесног располагања, оно је последица тога што се у поступку решавају спорови поводом диспозитивних субјективних права. Стога, приватна аутономија доводи до логичке нужности, а то је расправно начело, али и начело диспозиције у потпуности. Овакво образложење *Wejers* (*Weyers*) назива идеолошким образложењем,⁵ чини се зато што њега углавном прати и мисао о нужности обезбеђивања либералне позиције странака у односу на суд. Међутим, *Лајполд* исправно наглашава да наведено образложење са таквим позивом на приватну аутономију није уопште идеолошко, у том смислу ни правнополитичко, већ чисто догматичко.⁶ Оно се своди на питање да ли из приватне аутономије следи логичком нужношћу и процесно располагање: начело диспозиције и расправно начело. Питање је у овом контексту независно од правнополитичког вредновања приватне аутономије и тиче се само догматичког нивоа.

Догматичко оправдање је једно од најстаријих оправдања, али би било погрешно приписивати га *Генеру*. Како је већ речено, он заиста оправдава расправно начело „природом спорне ствари“, али не у контексту логичке нужности, јер је за њега и истражно начело примерено парничном поступку. Догматичко оправдање следи тек након њега у доктрини општег права када постаје фундаментално, али не и једино. У сваком случају кованица „природа ствари“ као образложење расправног начела се кроз цео XIX века схвата и као логичка нужност природе субјективних права.⁷ Због тога је и истражно начело већ погрешно и неприхватљиво за парнични поступак.⁸ Свакако да је позадина оваквог схватања идеја да се путем расправног начела може располагати спорним правом, али не треба ни занемарити контекст у смислу владајућег правца методологије права. Ради се о појмовној јуриспруденцији и изразито наглашеним логичким и дедуктивним начином размишљања. Стога је слобода располагања ван поступка основни постулат који се мора обезбедити на све могуће начине и у поступку. Логички је, дакле, немогуће замислити истражно начело, јер је оно противно основном принципу материјалног права.

Мисао о догматичком оправдању је временом критикована на различите начине, али је и данас понегде присутна. Карактеристично је за савремену немачку доктрину да је оно готово напуштено, с тим да постоје и изузеци. *Хенкел* инсистира

⁵ *Weyers* in: *Dogmatik und Methode*, 193 (200).

⁶ *Leipold* JZ 1982, 441 (442).

⁷ И више него изричито *Wetzell*, *System*³, 516; *Wach*, *Vorträge*², 61; v. *Bayer*, *Vorträge*⁸, 33.

⁸ *Wetzell*, *System*³, 517 Fn. 27: истражна максима је у принципу погрешна.

на њему и истиче да избор законодавца између расправне и истражне максиме уопште није слободан; када би закон увео истражно начело за спорове о субјективним приватним правима то би имало значајно повратно дејство на само материјално право: појам субјективног права би се изменио, а слобода располагања би се нашироко укинула.⁹ С друге стране, тезе о расправном начелу (и начелу диспозиције) као изразу приватне аутономије, процесном корелату или процесној страни слободе материјалноправног располагања, када се пажљиво прати аргументација и контекст, не треба схватати као догматичко оправдање. Ради се о правнополитичком оправдању о којем ће бити касније речи. Овде је потребно само да се наведе да је догматичко оправдање доктрине општег права већ у самом XIX веку наишло на критике, које су се касније само умножавале. Оне су увек биле праћене и правнополитичком и/или идеолошком аргументацијом, што овде није битно. Критике у догматичком смислу се могу препознати у две тачке. Прва, да приватна аутономија није угрожена уколико не важи расправно начело, јер се она пре свега и остварује материјалноправним средствима – изјавама воље и правним пословима. У том смислу чак и да не важи расправно начело, странке могу да слободно располажу својим правима ван поступка, и да онда таква располагања као правнорелеватне чињенице буду подлога за пресуђење.¹⁰ Ову тезу прати и додатна у виду природе у функције парничног правосуђа. Оно, пре свега према *Клајну*, не служи стварању права и материјалноправним преображајима, већ декларацији,¹¹ наравно са изузетком преображајних тужби. Овакво схватање не треба да чуди, јер оно има свој корелат и у процесној концепцији материјалне правноснажности.¹² Друга тачка се тиче појмовне немогућности располагања чињеницама и специјално је намењена догматичкој критици расправног начела, не и начела диспозиције. Како се наводи, истином се не може диспонирати; то је привилегија фалсификатора историје, и то само док не буду откривени.¹³ С обзиром да је основна теза догматичког оправдања расправног начела располагање правима путем располагања чињеницама – укључујући и механизам терета тврдње – оно је погрешно спрам реченог. Једноставно, не постоји идентитет приватне аутономије и располагања процесним материјалом.¹⁴ Штавише, не постоји ни логичко оправдање било каквог

⁹ *Henckel*, 127; због тога он на истом месту и закључује да укидање истражног начела у пруском поступку није био акт законодавчеве самовоље, већ „једна нужна коректура која је законодавцу била наметнута кроз функцију и смисао субјективног права“.

¹⁰ *Bernhardt* JZ 1963, 245 (246); *Brehm*, 32. На другачији начин, али суштински исто и *Reischl* ZJP 116 (2003), 81 (103).

¹¹ То је један од битнијих *Клајнових* аргумената; *Klein* JBI 1890, 520 и след.

¹² Не треба да чуди да управо *Клајн* истиче декларативну природу судијске функције у парничном поступку с обзиром да он одлучно за аустријски поступак предвиђа процесну концепцију материјалне правноснажности. Данас аргумент процесне концепције материјалне правноснажности истиче нарочито *Reischl* ZJP 116 (2003), 81 (103).

¹³ *Weyers* in: *Dogmatik und Methode*, 193 (202); у том смислу и *Bernhardt* in: *FG Rosenberg*, 9 (15); *ders.* JZ 1963, 245 (246).

¹⁴ *Klein* JBI 1890, 519 и след.; *Pollak*², 477; *Fasching*², Rn. 637; *Bernhardt* in: *FG Rosenberg*, 9 (14); *Weyers* in: *Dogmatik und Methode*, 193 (203); *Böhm* Ius Commune VII (1978), 136 (145); *E. Schmidt* DuR 1984, 24 (30 и след.); *Häsemeyer* ZJP 85 (1972), 207 (222 и след.); *Oberhammer* in: *Konfliktvermeidung und Konfliktregelung*, 32 (34).

располагања предметом спора са приватном аутономијом, јер би то значило да се морају проширити могућности нападања таквог располагања, које резултира правноснажном пресудом.¹⁵

У домаћој доктрини – осим покушаја *Чалије* и јасног става *Јакшића* – суштински уопште није постављено питање исправности догматичког оправдања расправног начела. Готово целокупна литература доводи у већој или мањој мери приватну аутономију материјалног права у везу са расправним начелом. Пре свега се то чини посредством начела диспозиције, па се истиче да расправно начело представља рефлекс начела диспозиције у погледу сакупљања процесног материјала,¹⁶ или се исто схватање изражава кроз већ споменућу тезу о располагању процесног материјала као делу начела диспозиције.¹⁷ С обзиром да је приватна аутономија оправдање начела диспозиције,¹⁸ произишло би да исто важи и за расправно.¹⁹ С друге стране се то и јасније изражава када се истиче да је расправно начело нужно због диспозитивне природе грађанских субјективних права. Већ *М. Марковић* то потенцира када о неприхватљивости истражног начела наводи аргумент да би се тиме „превидела или поништила диспозитивност приватних права“.²⁰ Разрађујући ову тезу *Трива* додатно аргументује: негирање расправног начела би подразумевало да би суд био субјекат од чијег би нахођења зависило о којим ће се грађанскоправним односима судити чиме би био изигран диспозитивни карактер процесног система.²¹ За све ове ставове би произишло оправдање расправног начела у смислу логичке последице приватне аутономије, тј. теза о догматичком оправдању.

Негирање догматичког оправдања покушава да одбрани *Чалија*, али због погрешног схватања садржине расправног начела то не успева. Он расправно начело види само у питању доказивања, ближе само у смислу иницијативе у погледу извођења доказа. Негирајући логичку везу између приватне аутономије и тако схваћеног расправног начела, закључује да је расправно начело само питање целисходности.²² Међутим, он не увиђа да тиме што наводи да је везаност суда за признање трвдњи израз начела диспозиције, које постоји због природе субјективних права и представља изјаву хтења (!),²³ доспева у противуречност. С друге стране, *Јакшић* данас – наслањајући се на *Јауерниха (Jauernig)* – заступа изричито став да је

¹⁵ Тако *Häsemeyer ZZR* 85 (1972), 207 (219).

¹⁶ *Кеча*⁵, 136.

¹⁷ *М. Марковић*, Теорија, 62/63, 67; *исти*, ГПП I/1, 75, 79; *Г. Станковић*⁷, 226; *иста* ПИ 2/2012, 13 (14).

¹⁸ Уп. *М. Марковић*, ГПП I/1, 72 и след.; *Трива/Белајец/Дика*⁶, 99 и след.; *Г. Станковић*⁷, 224; *Кеча*⁵, 133.

¹⁹ Уп. *Рачић*, 100: „ако се странка пуноважно може одрећи материјалноправног захтева, онда је сасвим логично да може и не изнијети чињенице на којима темељи свој захтјев“ (курз. *М. К.*).

²⁰ Теорија, 70; ГПП I/1, 82; у том смислу и *Рајовић* ПЖ 5-6/1960, 1 (16).

²¹ ГПП I², 136; *Трива/Белајец/Дика*⁶, 140. Ову мисао следи и *Кеча*⁵, 136, па констатује да је негација расправног начела спрам тога неспојива са начелом диспозиције.

²² Слободна оцена доказа, 39 и след. Овде се он позива на *Розенбергово* схватање о чистом техничком оправдању расправног начела; уп. *Rosenberg, Lehrbuch*², § 62 I.

²³ Слободна оцена доказа, 64.

избор између расправног и истражног начела само питање правне политике,²⁴ што би значило да негира догматичко оправдање.

Када се има у виду изложена аргументација, чини се да немогуће одбранити догматичко оправдање расправног начела, и то не зато што није могуће располагати чињеницама/истином, већ зато што приватну аутономију не угрожава искључивање процесног располагања. Како то *Брем (Brehm)* исправно наводи, сасвим је замислив један поступак у којем важи истражно начело и у којем нема нити признања нити одрицања од тужбеног захтева, а да приватна аутономија није угрожена.²⁵ Странке и тада имају неокрњену слободу да остварују приватну аутономију на уобичајен, материјалноправни начин. Аргумент да је појмовно немогуће располагати чињеницама, колико год да је филозофски исправан, толико је и јуридикски неисправан. Само поглед на неке класичне институте показује да је итекако могуће наложити суду да нешто узме непроверено у чињеничну подлогу за пресуђење (фикције, везаност парничног суда за утврђења кривичног и др.). У том смислу и стоји *Вахов* аргумент да нико не може да наложи судији да нешто узме за истинито, а што то није (*etwas für wahr zu halten, was nicht wahr ist*), али му се може и мора наложити да пуно ствари узме као истинито (*als wahr zu behandeln*).²⁶ Управо спрам тога је и појмовно могуће „располагање чињеницама“. Чини се да није потребно ићи даље од тога и даље образлагати ову тезу „стварањем нове истине“. Таква теза потенцијално упада у додатне проблеме, јер онда треба јасно да се разграниче процесне радње од материјалноправних радњи. Наиме, основна мисао таквог схватања је да је „старо стање ствари превладано“ и замењено „новим“, што представља рецимо признање тврдњи.²⁷ Тиме се свакако ствара призив да је дошло до материјалноправне промене, јер суд „утврђује“ сада нове чињенице. Чисто процесно схватање у виду располагања идеалним чињеничним стањем – због свог везивања за пресуђење у конкретном спору, а не и промене у материјалном праву – не даје повода за такве проблеме.²⁸ Уколико је и примера ради дошло до признања неистинитих тврдњи, то може имати и материјалноправно дејство, али то се онда просуђује искључиво спрам материјалноправних критеријума. За конкретни поступак то је само детерминација једног елемента чињеничног стања и ништа више.

Тезе о непостојању догматичког оправдања у смислу функције парничног правосуђа имају исправну полазну тачку, али управо због наведеног располагање идеалним чињеничним стањем и не представља уједно преображај у материјалном праву. Позадина тезе о искључивој декларативној функцији парничног правосуђа, наравно изузев преображајних пресуда, данас је владајућа процесна теорија материјалне правноснажности. Пресудом се, без обзира на њену релацију са

²⁴ *Јакшић*⁶, т. 567.

²⁵ *Brehm*, 32.

²⁶ *Wach*, *Vorträge*², 199.

²⁷ Теза је присутна како у домаћој, тако и у немачкој литератури; тако *Б. Благојевић*, *Начела*, 335; *Трива*, ГПП I², 132; *Stürner*, *Aufklärungspflicht*, 51.

²⁸ У том смислу већ и *Lent ZZP* 63 (1943), 3 (45), с обзиром да наглашава да је „располагање чињеницама“ намењено само конкретном поступку.

ванпроцесним (правим) материјалноправним стањем, нити мењају постојећи правни односи, нити се они додатно потврђују, већ се само ауторитативно решава спор тако да су, пре свега, сви други органи везани са садржај пресуђења.²⁹ Управо због тога се и располагање идеалним чињеничним стањем уклапа у наведено. Тиме што, примера ради, тужилац не изнесе једну од битних чињеница настанка утуженог потраживања, и сходно томе на основу терета тврдње изгуби спор, не долази до престанка његовог потраживања. Међутим, правноснажно је решен спор и он фактички не може да оствари више своје право.³⁰

Конструкција процесне теорије материјалне правноснажности на први поглед – наричито из лаичког угла – изледа погрешна и вештачка. Међутим, она је нужна из других разлога. Прво, њено негирање, тј. материјалноправна концепција у резултату и негира самосталност материјалног права. То је управо схватање о искључивој процесној природи материјалних субјективних права: она не постоје сама за себе, већ само ако их суд утврди. О томе је већ било речи у контексту теорије о терету доказивања. Друго, због саме конструкције правноснажности и њених субјективних граница материјалноправна концепција долази у проблеме које не може да реши. На примеру утврђења апсолутних права је то видљиво: правноснажно се утврди постојање права својине тужиоца, али то правноснажно утврђење нема апсолутно дејство, јер правноснажност делује само између странака. Дакле, потврђује се, или се успоставља једно право које по својој природи може бити само апсолутно, али само на релативан начин.

Што се тиче аргумента *Триве* и *Кече* да би негирање расправног начела подразумевало кршење начела диспозиције у смислу да суд одређује о којим ће се уопште односима расправљати, чини се да премашују циљ. Наиме, одређивање предмета спора заиста спада под искључиву власт странака и израз је приватне аутономије. Међутим, одређивање чињеничног елемента предмета спора подразумева одређивање животног догађаја, а не искључује уопште истражну делатност суда у његовом оквиру. Везаност за предмет спора значи да је суд везан тужбеним предлогом, али и животним догађајем, па чак и да важи истражно начело. Кроз одређивање догађаја тужилац одређује подлогу за пресуђење преко које суд не сме ићи. Да ли ће постојати терет тврдње, субјективни терет доказивања и везаност суда признањем тврдњи – што је кључно питање расправног и истражног начела³¹ – не тиче се питања везаности суда за предмет спора. Стога наведена аргументација нема никакве везе са расправним и истражним овлашћењем, већ се тиче искључиво начела диспозиције.

Уколико тужилац у тужби тражи исплату и наводи да му је тужени, иначе закупац његовог стана, нанео штету тако што је оставио отворен прозор па је киша уништила паркет, суд је везан овим догађајем. Питање да ли суд има истражна овлашћења у

²⁹ За домаћу доктрину уместо свих *Јакшић*⁶, т. 2764 и след.; за аустријску *Fasching*², Rn. 1505; за немачку *Jauernig*²⁹, § 62 II.

³⁰ На практички губитак права путем материјалне правноснажности указује већ *Lent ZZP* 63 (1943), 3 (46); слично и *Henckel*, 62: економски је свеједно како се образлаже материјална правноснажност у случају да не пресуда погрешна.

³¹ У том смислу и *Schönfeld*, 94.

оквиру овако одређеног догађаја нема везе са начелом диспозиције. Питање се своди на постојање терета тврдње, субјективног терета доказивања и признања тврдњи. Чак и да важи истражно начело није угрожена приватна аутономија, јер тужилац може да отпусти дуг, а тужени може да га призна. Но, тада су то само нове правнорелевантне чињенице. Повреда начела диспозиције би била да суд усвоји захтев, јер је самостално утврдио да тужени дугује исти износ на име уговора о зајму. То је у смислу било које процесне доктрине о предмету спора свакако нов предмет спора,³² па следствено томе без преиначења тужбе суд не може да одлучује о њему, с обзиром да је по среди сасвим други животни догађај.³³

Према томе, треба закључити да расправно начело није логичка нужност приватне аутономије и заиста се ради о погрешној паралели.³⁴ Оправдање расправног начела се налази искључиво у правнополитичким аргументима.

3. Правнополитичко оправдање

А. Класично правнополитичко оправдање „природом ствари“

Догматичко оправдање готово да се никада није истицало и као једино. Уз њега је било присутно и правнополитичко, често од стране критичара расправног начела – чини се – погрдно називано идеолошким. Под класичним правнополитичким оправдањем означавамо схватање класичне либералне доктрине која се односи, пре свега, на XIX век. Позив на „природу ствари“ – сада без обзира на догматичко оправдање – је израз оправдања у којем се виде идеолошке позиције либералне концепције државе и друштва. Данашње опште место да је такво схватање савршен одраз тадашњих доминантних вредности и духа времена добија своју потврду тек кроз правнополитичку аргументацију. Она се може препознати у два смера.

Идеолошка позадина тезе о „природи ствари“ је прво приватна аутономија као израз неприкосновене слободе грађана, и то пре свега у односу на државу. Субјективно право је везано само за приватан интерес и због тога држава не сме да утиче на „самовољу“ његовог титулара.³⁵ Иако се већ одавно процесно право сматрало јавним правом,³⁶ држава ипак нема интереса да се меша у супстацијални резултат парнице кроз истраживање чињеничног стања; то је резервисано за кривични поступак или парнице у којима постоји јавни интерес (брачни спорови), па било које стапање кривичног и грађанског процесног права је бесмислено и немогуће за законодавца.³⁷ Приватна аутономија се утолико мора обезбедити и у

³² За приказ праваца процесне теорије предмета спора *Jauernig*²⁹, § 37; за теорију која детерминише предмет спора у зависности од тога да ли важи расправно или истражно начело *Jauernig*, Verhandlungsmaxime und Streitgegenstand, *passim*.

³³ За двочлану теорију предмета спора опширније *Познић*, Коментар, 412 и след.

³⁴ Уп. *Böhm Ius Commune VII* (1978) 136 (145).

³⁵ У том смислу *Jauernig JuS* 1971, 329 (331).

³⁶ *Wach*, Vorträge, 39; за јавноправну природу процесног права в. већ *Heffter*, System², 3/4; *Martin*, Lehrbuch¹³, 27; *Wetzell*, System³, 515.

³⁷ *Wach KritV* 14 (1872), 329 (330); *ders.*, Vorträge², 53, 199.

парничном поступку. За истражно начело не само да нема повода због реченог, већ је то уједно и повреда основе вредности приватне аутомоније. Ништа јасније не показује ову идеју него *Вахов* синоним за расправно начело – „начело незаинтересованости државе у погледу спорне ствари“ (*Grundsatz der staatlichen Interesselosigkeit an der Streitsache*).³⁸ Забрана суду да истражује материјалну истину елиминисана је због тога што би то представљало мешање државе у интересе који су њој страни, а не само зато што би то представљало оптерећење за суд.³⁹ На овај начин, а уз местимично и позивање на истражни концепт пруског ОСП као израза апсолутистичке и полицијске државе, расправно начело представља камен темељац поступка либералне државе у којем треба заштитити странке од неоснованих напада ауторитативне државе, што би управо било истражно начело.⁴⁰

Друга линија аргументације усмерена је на оправдање расправног начела у контексту судијске објективности и неутралности. Истражно начело је инкомпатибилно са позицијом суда као неутралног субјекта који треба да пресудом реши спор странака. Оно би значило да суд постаје патрон странака, њихов адвокат; термин који би требао да означи такав положај суда, и данас често коришћен у доктрини која је суштински настављач *Ваховог* схватања, јесте туторство странака (*Bevormundung der Parteien*).⁴¹ Позадина ове аргументације се већ у то време од стране критичара либералног схватања видела у либералној слици формално равноправних странака, уопште грађана, што се данас у великој мери истиче. Било какво препознавање стварне неједнакости било је страном либералном схватању.⁴² У том смислу *Хефтер* (*Heffter*) развија идеју о парници као регулисаном ратном стању у којем се једнаке странке боре сопственим средствима.

Право је писано за људе; поступак ступа на место природног остварења права и представља једно регулисано ратно стање. Ствар је, дакле, једне странке да се сама побрине за стицање или одбрану свог права. Свако мешање судије у овај једнаки, ратни однос, осим ако формално олакшава ток поступка, или изједначује очигледну неједнакост положаја обе стране, се мора јавити као неоправдано.⁴³

За *Хефтера*, али и за каснију доктрину, једино што је природно и оправдано је расправно начело; оно је основни карактер парничног поступка, јер само оно на крају обезбеђује објективност и неутралност судије.⁴⁴

Иако је приказано либерално схватање поступка напуштено, или се тако барем тврди, одређени елементи његове аргументације с позивом на „природу ствари“ су присутни и код оних који никако не спадају у овај правац. Ради се о

³⁸ Wach, Vorträge², 53.

³⁹ Wach, Vorträge², 199 Fn. **.

⁴⁰ Уп. Bomsdorf, 162 и след.; McGuire in: Soziale Dimension des Zivilrechts, 99 (106); Böhm Ius Commune VII (1978), 136 (157/158).

⁴¹ Wach, Vorträge², 54.

⁴² Тако већ Menger, Bürgerliches Recht und besitzlose Volksklassen³, 26 и след., 29 и след.; касније Böhm Ius Commune VII (1978), 136 (152); Wassermann, Sozialer Zivilprozeß, 30 и след.

⁴³ Heffter, System², 4/5; уп. и Bülow AcP 62 (1879) 1 (88): „Грађански парнични поступак је написан за људе који се сами чувају.“

⁴⁴ Heffter, System², 5; за приказ остатка литературе који широко прихвата Хефтерову идеју „процесног рата“ уп. Bomsdorf, 166 и след.

вредновању „приватног интереса“, јер се закључује да друштвени значај повреде грађанског субјективног права не оправдава интервенцију суда у виду истражног начела, као што је то управо случај са кривичним поступком и значајем кривичног дела у контексту јавног интереса; исто је и у релацији са парничним поступцима где је изражен јавни интерес, што би били породичноправни спорови.⁴⁵ Кроз такву аргументацију се види нит са либералним схватањем у смислу непостојања јавног интереса.

Б. Савремено правнополитичко (идеолошко) оправдање

Савремено правнополитичко оправдање расправног начела је карактеристично за немачку доминантну доктрину. У основи се ради о фундаменталној образложењу класичног либералног схватања, али је то сада у складу са владајућим правцем учења о методологији права. Због блискости са класичним либералним схватањем савремено правно политичко оправдање и његове заступнике се може означити као неолиберално схватање.

Целокупно схватање неолибералне доктрине о расправном начелу је, заправо, условљено низом темељних вредносних одлука у погледу фундаменталних питања поступка. Исходиште је сâмо питање схватања приватноправног поретка, где приватна аутономија има централно место. Ближе речено, вредности које стоје иза концепта приватне аутономије су полазна тачка. У том смислу вредност приватне аутономије је у слободи и одговорности грађана: само они одлучују са ким ће закључити уговор, само од њих зависи да ли ће вршити своја субјективна права и на крају да ли ће располагати својим субјективним правима. Она су централни институт приватноправног поретка, и то не као технички инструмент, већ као вредносна категорија. Идеолошка страна образложења је у схватању државе у којој је принципијелно индивидуална слобода основна вредност. На основу тога се захтева и преношење вредновања материјалног права на процесно, па је зато и цео однос процесног права према материјалном последица свеобухватног вредновања.⁴⁶ Инсистирање на преношењу вредновања није без разлога присутно, јер се тиме отклања приговор догматизма и враћања у појмовну јуриспруденцију XIX века, што је чест приговор критичара расправног начела. Тако се и на најјаснији начин види методолошки правац неолибералне доктрине – јуриспруденција вредновања.

Из наведеног основног вредновања приватне аутономије се долази до „пакета“ решења за парнични поступак. Пре свега то је његов циљ, који се може исправно схватити само ако је означи као индивидуална правна заштита, а уз њу и кроз њу, заштита објективног права. С позивом и на циљ поступка,⁴⁷ преношење

⁴⁵ У том смислу *Познић*, Коментар, 26, образлаже расправно начело у поређењу са кривичним поступком.

⁴⁶ Репрезентативно *Henckel*, 118/119.

⁴⁷ Да циљ поступка као пружање индивидуалне правне заштите и начела, а нарочито питање прикупљања процесног материја уп. *Jauernig* JuS 1971, 329 (331); *Rauscher* in: *MünchKommZPO*³, Einl. Rn. 273; *Leipold* in: *Stein/Jonas*, ZPO²², vor § 128 Rn. 149.

вредновања приватне аутономије на поступак подразумева према томе преузимање патоса слободe који стоји иза појма субјективно право.⁴⁸ Расправно начело – али и начело диспозиције у смислу располагања предметом спора – је израз вредности приватне аутономије, што није ништа друго до одговарајући израз схватања односа државе и појединца. Слобода и одговорност странака у поступку у погледу мериторног резултата је спрам тога основна вредност парничног поступка једне слободне правне државе.⁴⁹ Обрнуто, истражно начело, с обзиром да у догматичком смислу долази у обзир, само је неприхватљиво у реченом контексту. Оно подразумева туторство над странкама, јер судија ако није везан тврдњама странака и ако истражује стање ствари мимо њихове воље, он управо то чини. У том смислу би истражно начело значило успостављање „забране процесног самоповређивања“, што је неспојиво са слободом и одговорности странака као основним вредностима.

Овде се пре свега мисли на један од класичних проблема расправног начела, а то је питање тзв. случајних резултата доказивања: једну правнорелевантну чињеницу коју ниједна странка не тврди суд сазнаје кроз резултате доказивања. Негирање расправног начела у смислу да странка којој иде у прилог таква чињеница изричито неће да се она искористи, а суд је ипак искористи и донесе пресуду у корист те странке, управо је манифестација „забране процесног самоповређивања“.⁵⁰

Парафразирајући *Јауерниха* концепција туторства над странкама је неприхватљива спрам концепције државе у којој је слобода и одговорност грађана загарантована на материјалноправном плану; она би у свом резултату урушила приватноправни поредак и основну вредност приватне аутономије. То што се обезбеђује процесно располагање је свакако у складу са приватном аутономијом, и управо вредновање последње дозвољава да се кроз поступак фактички дође до истих резултата као и материјалноправним начином располагања. Штавише, то је некада много и целисходније.⁵¹

На основу реченог је очигледна нит са класичним либералним приступом. Позив на приватну аутономију је данас само разрађен спрам владајућег правца методологије права, али је он у суштини исти: слобода и одговорност странака се мора обезбедити и кроз прикупљање процесног материјала. Исто тако, туторство над странкама је неспојиво са позицијом грађана спрам државе. Може се рећи да је то кључна тачка данас већинског схватања немачке доктрине када се изражава мисао да је питање расправног начела правнополитичке природе.⁵² Оно што је фундаментално различито за неолибералну доктрину у односу на део класичне јесте питање схватања поступка и улоге судије. Но, то питање се не тиче оправдања расправног начела у односу на истражно, већ се тиче питања оправдања чистог

⁴⁸ *Heckel*, 119 Fn. 223.

⁴⁹ *Leipold* JZ 1982, 441 (448).

⁵⁰ Уп. *Jauernig*²⁹, § 25 VIII 3.

⁵¹ Тако *Brehm*, 32 и след.

⁵² Уп. *Jauernig*²⁹, § 25 III: „примарно правнополитички проблем“; са позивом на *Јауерниха* и *Јакишић*⁶, т. 567; уп. и *Leipold* in: *Stein/Jonas, ZPO*²², vor § 128 Rn.; *Schilken*⁶, Rn. 346; *Reischl* ZZP 116 (2003), 81 (103).

расправног начела у односу на ублажено. О томе стриктно треба водити рачуна када се уопште говори о неолибералној доктрини.

4. Социолошко оправдање расправног начела

Једно од оправдања расправног начела у односу на истражно се јавља у тези о решавању конфликта странака. Овде се очигледно има у виду смисао расправног начела у виду права располагања идеалним чињеничним стањем, и то пре свега кроз признање тврдњи. Наиме, полази се од тога да странке када су сагласне у погледу неких чињеничних елемената спора превазилазе део конфликта; спор у психолошком смислу се минимизира, и због тога је оправдано да суд не може да мимо такве воље странака испитује стање ствари.⁵³ Позадина оваквог схватања је циљ поступка, а то је обезбеђивање стварног правног мира (*Rechtsfrieden*). Уколико би суд поступао истражно и у том случају, по овом схватању, он управо не би обезбеђивао правни мир, већ би га нарушавао.⁵⁴ Другим речима, истражно начело не доводи до правог решења спора и у том смислу не остварује циљ поступка. Чини се да би овакво оправдање расправног начела могло да се назове социолошким, с обзиром да се циља на елиминисање, или барем умањивање, конфликта странака. У истом смислу се може и схватити *Бремова* аргументација да би истраживање неспорних чињеница довело до нарушавања социјалних односа странака. Јер, оспоравање свих чињеница од стране противника сигнализира прекид односа, што би обрнуто значило да признање тврдњи подразумева сигнал његовог одржавања. Пренето на питање истражног начела, то значи да се странка не може силити да оспорава тврдње које не жели,⁵⁵ јер би невезаност суда за признање тврдњи управо имало тај смисао.

II. Оправдање расправног у односу на ублажено расправно начело

1. Оправдање расправног начела

Модел расправног начела би могао, пре свега, да се оправда догматичким образложењем. Пошто истражно начело из логичке нужности не долази у обзир, на исти начин не долази у обзир ни било каква активност суда у оквиру правила расправног начела – дужност питања/упућивања. С обзиром да ни правила расправног начела не произилазе логички нужно из приватне аутономије, овакво оправдање чистог расправног начела не долази у обзир. Исто тако, као што је речено, дужност питања и није истражна активност суда.

Расправно начело као пожељан модел је – сходно пре свега немачкој и аустријској теорији – историјска категорија. Оно је као такво постојало у делу доктрине општег права и изражавало је без сумње њене идеолошке позиције –

⁵³ На оваквом оправдању инсистира *Вуртвајн* (*Würthwein*); уп. *Würthwein*, 48 и след.

⁵⁴ Уп. *Würthwein*, 52.

⁵⁵ *Brehm*, 34 и след.

екстремни индивидуализам и либерализам, што се доводи у везу и са екстремним капитализмом.⁵⁶ Све што је речено за идеолошко оправдање расправног начела у односу на истражно, овде важи у екстремном смислу. Дакле, држава нема апсолутно никакав интерес за мериторни исход парнице и странке су у потпуности слободе и одговорне. Држава нема за то повода, јер и ван поступка у настанку материјалноправних односа она не асистира грађанима, па то онда не долази у обзир ни у поступку. Ради се о екстремно либералном и индивидуалистичком приступу сагледавања поступка где слика о процесном рату добија свој тотални израз. Странке се боре за своје право, а како је основни смисао борбе у којој трећи неутрални учесник треба да одлучи управо његова неутралност, суд не сме својом активношћу да помаже једну од странака, па ни питањима ради допуне процесног материјала. То и одговара и претходно споменутој позицији грађана и значају парничног поступка, који је и поред тога што је део јавног права ипак искључива приватна ствар странака. Како је грађанин апсолутно одговоран за своје приватне ствари, свако је ковач своје (не)среће и у парничном поступку.⁵⁷ Пресуда која је резултат механизма расправног начела, нпр. пресуда на основу терета тврдње, према томе није уопште неправична, јер је она донета управо зато што странка није била у стању сама да се постара за своју ствар.⁵⁸ Помоћ суда у виду претходног питања упереног на избегавање такве последице није у складу са дубоко идеологизованим схватањем поступка. Право је писано за одрасле, а успех у парници зависи од талента странака и њиховог знања и умећа. На крају, помоћ суда при формирању чињеничног стања, с обзиром да битно утиче на резултат пресуђења, руши животни принцип либералног друштва у виду *laissez-faire*.⁵⁹ Због тога он мора да буде пасиван и да има позицију арбитра.⁶⁰

С обзиром на изложну аргументацију није нимало неприкладно да се овакво схватање назове дарвинистичком концепцијом парнице.⁶¹ Закон јачега – овде у интелектуалном смислу, али и социјалном – једино је мерило. Суд не само да не сме да интервенише својом истражном активношћу, већ ни помоћном у смислу постављања питања.

Схватање о (чистом) расправном начелу није својствено само германској доктрини, већ и другим правним круговима, наравно са различитим терминима и концепцијама. Сматра се да идеја о чистом расправном начелу има свој пандан у деветаестовековној француској концепцији „чистоће судијске функције“ (*Reinhaltung des Richteramtes*),⁶² односно „судске борбе“ (*combat judiciaire*),⁶³ по којима је улога судије само да пресуди и ништа више. Пандан се налази и у

⁵⁶ Тако већ *Menger*, *Bürgerliches Recht und besitzlose Volksklassen*³, 30: „доктрина манчестеријализма“; исто и *Bernhardt JZ* 1963, 245 (246),

⁵⁷ Уп. *Morstadt*, *Ciliprozeß-Schlüssel*, 131.

⁵⁸ То нарочито потенцира *Bülow AcP* 62 (1879), 1 (77 и след., нарочито 86).

⁵⁹ Уп. *Bernhardt JZ* 1963, 245 (246).

⁶⁰ Уп. *Böhm Ius Commune VII* (1978), 136 (152).

⁶¹ Тако већ *Благојесућ*, Начела, 114.

⁶² Уп. већ *Wach*, *Vorträge*², 63, с тим да се мисли и на кретање парнице, с обзиром на тадашње поимање расправног начела.

⁶³ *J. P. Schmidt*, 103.

англоамеричкој доктрини у виду чувеног *Паундовога (Pound)* схватања о спортској теорији правосуђа (*sporting theory of justice*), који иначе он жестоко критикује.⁶⁴ Парница је арена у којој се странке путем својих адвоката боре, надмећу, као да је то једна спортска утакмица, а пасивност суда је једна од главних карактеристика. Због своје звучности, и исто тако тачности, спортска теорија правосуђа се уноси и у немачку литературу као означавање концепта који подразумева и пасивност суда, тј. чисто расправно начело.⁶⁵

2. Оправдање ублаженог расправног начела

Идеја о чистом расправном начелу је већ у XIX веку критикована управо спрам идеолошких премиса. Данас у читавој доктрини – изузимајући нови талас у Србији – она није прихваћена. Овде не мислимо на питање посматрања модела поступка, у смислу да ли у једном систему где поред страначке одговорности постоји и судијска саодговорност важи расправно или ублажено расправно начело, већ на оправдање самог концепта судијске саодговорности.

Критике изложеног екстремног либералног концепта потичу већ од дела либералне доктрине. Као што је напред речено, добар део заступа тезу о исправно схваћеном расправном начелу у којем је његов саставни део и активна улога суда. Оправдање за такав концепт се видело управо у функцији суда. Уколико он треба да пресуди, и уколико није везан за правна схватања странака, онда је „природно“ и „саморазумљиво“ да има овлашћење да пита странке ради разјашњења изнетог процесног материјала или његове допуне.⁶⁶ Међутим, критичари либералног приступа чисто расправно начело нападају из идеолошких разлога. Пре свега је оно антисоцијално и не води рачуна о социјалним разликама странака.⁶⁷ С друге стране се и артикулише мисао о новом задатку поступка, тиме и мисао о новом схватању поступка. Циљ није било каква пресуда, већ она која ће бити исправна, што претпоставља истинито чињенично стање. Само на тај начин се може и постићи циљ поступка, што више није индивидуална правна заштита, већ заштита објективног правног поретка. У том смислу, чак и да се очувају правила расправног начела, судијска дужност питања је неодвојиви део концепта парнице као државе установе јавног добра.⁶⁸

За неолибералну доктрину ублажено расправно начело је изгледа једино замисливо спрам основних вредности, па иако она већински у моделском смислу признаје расправно начело. Смисао расправног начела, како је речено, је

⁶⁴ *Pound American Law Review* 40 (1906), 729 (738 и след., 749). О актуелности *Паундовога* критицизма америчког схватања парничног поступка и након 100 година уп. *Sherman South Texas Law Review* 48 (2007), 983 и след.

⁶⁵ Уп. *Schlosser JZ* 1991, 599 (603); *Koch*, 20, 350. Тако *Готвалд* за америчку читалачку публику управо користи термин „спортска теорија правосуђа“ да означи концепт (чистог) расправног начела; уп. *Gottwald American Journal of Comparative Law* 31 (1983), 687 (688/689).

⁶⁶ Уп. *Bomsdorf*, 173са даљим упућивањима.

⁶⁷ Уп. *Böhm Ius Commune VII* (1978), 136 (152 и след.).

⁶⁸ Свакако да је то пре свега *Клајнова* теза, с обзиром да је дужност питања једно од централних установа његовог схватања; *Klein/Engel*, 191

манифестација вредности слободе и одговорности. Међутим, слобода и одговорност нису тоталне и активна улога суда је неопходна да би се оне заправо изразиле на прави начин. У правној држави у којој је индивидуална вредност основа, исто тако је и основна вредност парничног поступка обезбеђивање материјалноправне правичности, што није ништа друго до „исправно пресуђење“. Суд стога преузима саодговорност, али, како је речено, последња одговорност је на странкама. Утолико је онда и очувана њихова слобода.

Данашње стање у германској доктрини поводом оправдања модела ублаженог расправног начела, без обзира што се он као такав већински не именује, тесно је везано за концепцију државе и условљено је уставноправним системима. Судијска саодговорност, уз очување страначке слободе и одговорности, представља израз социјалне и правне државе, каква је по дефиницији Немачка; за Аустрију се и поред изостанка одговарајућег означања у тамошњем уставу исто схвата.⁶⁹ Већ такво одређење, које није пуки орнамент, пресудно утиче на схватање расподеле одговорности за идеално чињенично стање. Екстремни либерализам у виду дарвинистичког схватања парнице или спортске теорије правосуђа је немогућ у једном таквом систему.⁷⁰ У том смислу је репрезентативни навод *Коча* (*Koch*) да „расправно начело као паушални аргумент против судијске активности (*scil. дужности питања, М. К.*) није подобан“.⁷¹ С друге стране, у домаћој доктрини, нажалост, оправдање било ког модела, тиме и ублаженог расправног начела, се не враћа на уставне основе; до сада није забележено да се уопште спомиње постулат социјалне државе, иако је Република Србија изричито на њему заснована (чл. 1 Устава).⁷²

Кроз судијску дужност питања се исказује и пресудан растанак са екстремно либералним схватањем поступка, па тако управо парница није регулисани рат, односно судија није спортски арбитар. Мисао која већ влада у већој или мањој мери у савременим системима, да успех не сме да зависи од вештине странака, односно да треба да успе странка које је у праву, а не која је вештија, управо је базирана на идеји судијске саодговорности. С друге стране, како је већ речено, пошто дужност питања није инквизиторна активност, принципијелна одговорност странака се не доводи у питање. Штавише, она се доводи у разумну меру, јер је везана за правну оцену спора, што није увек могуће тражити од странака.

⁶⁹ Уп. *Ballon ZZP* 96 (1983), 409 (467 и след.).

⁷⁰ Уп. *Fasching*², Rn. 665; *ders.* in: *Verfahrensreformen im österreichischen Recht*, 53 (55); *Rechberger* in: *100 Jahre österreichische Zivilprozeßgesetze*, 55 (58); *Jauernig*²⁹, § 25 VIII 3; *Stürner* in: *FS Baur*, 647 (657 и след.); *Koch*, 101 и след.

⁷¹ *Koch*, 101.

⁷² Маркантно је и то што УС бавећи се – кроз одлучивање о уставним жалбама – питањима расправног начела уопште не тражи аргументацију и у уставној концепцији државе. Сасвим другачије *иСУС*.

III. Сажетак резултата и поставке за даљи ток истраживања

Резултати добијени у истраживању оправдања расправног начела, па било оно чисто или ублажено, показују оно што је и у сржи целокупне дискусије која се води од *Генера* до данас. Догматизам у смислу логичког оправдања расправног начела никада није био једино оправдање, већ поврх њега и правнополитичко, идеолошко оправдање. Управо због тога су и „напади“ на расправно начело били не само у догматичком кључу, већ пре свега у правнополитичком.

Нимало без разлога се питање уређења сакупљања процесног материјала већ од ране процесне теорије означава као кључно питање једног процесног система. То је свакако јасно из практичног угла гледања, јер конкретно решење пресудно утиче на обликовање конкретног поступка. Међутим, управо због правнополитичке димензије „фундаменталост“ овог питања се везује за контекст који превазилази питање техничког карактера. Како је показано, оправдање расправног начела нераздвојно је од мисли о слободи грађана. Због тога је и питање расправног начела центар вишевековног спора – можда и вечног – о владавини странака *vs.* власти суда (*Parteiherrschaft vs. Richermacht*). Овај спор је у сржи дискусија о схватању поступка које резултира на крају и одређеним моделом поступка. Исходиште је, као што је речено, чисто правнополитичко питање.

Оправдање чистог или ублаженог расправног начела јасно произилази из правнополитичких премиса. Због тога се и не може говорити о оправдању једног или другог ван конкретних прилика, што подразумева један конкретан систем. Расправа на теоријском плану је ипак могућа, али само ако се узимају у обзир апстрактна вредновања и апстрактни правнополитички аргументи.

Са овом констатацијом се и завршава први део овог рада. У наредним деловима ће бити речи о реалном постојању концепта расправног начела у правним системима, имајући у виду и резултат досадашњег истраживања у виду појма ублаженог расправног начела; најпре у упоредноправним, потом и у домаћем, што је и предмет овог рада. Нагласак истраживања је пре свега на схватању контекста једног система у датом времену, што је условљено досадашњим резултатима истраживања. Афирмација, или критика расправног начела у једном временском тренутку је могуће схватити само ако се узму у обзир пресудни параметри, што су, као што је речено, правнополитичка вредновања. То важи и за истраживање и данас постојећих система, јер се и можда најбезначајније практично питање враћа на основну концепцију, која је опет резултат вредновања. Само када се на тај начин схвати како смисао конкретног модела, тако и његова конкретизација, могуће је и истражити домаће позитивноправно стање.

Други део Расправно начело у упоредном праву

Глава прва Немачка

§ 7 Немачки парнични поступак

У Немачкој је још увек у примени Грађански парнични поступак из 1877. г., с тим да је током историје претрпео и више него значајне промене.

У овом делу ће бити представљено нормативно стање у нГрпп поводом питања прикупљања процесног материјала. Међутим, за схватање контекста како самог уређења овог питања, а тако и за разумевање доктрине, па и праксе, потребно је да се изложи и истријски контекст доношења нГрпп.

I. Историјски контекст уочи доношења нГрпп

Време уочи доношења нГрпп које је битно за разумевање контекста је читав век који му претходи. Од важења тзв. општег права, преко партикуларних закона немачких држава, које до краја нису довеле (у потпуности) до престанка значај општег права, дошло се и до стварања Немачке царевине и испуњења услова за доношење првог јединственог немачког парничног поступка.

Опште право је резултат судске праксе и схватања науке, које се изградило из конвергенције реципираног италијанско-канонског поступка и саског поступка, који је садржавао и неке елементе старогерманског права. Реципирање италијанско-канонског поступка долази са успостављањем *Царевинског камералног суда (Reichskammergericht)* 1495. г. и доношењем бројих правилника (*Kammergerichtsordnungen*), које су служиле као узор за територијалне правилнике, али су имале и супсидијарно важење на територији читавог Светог римског царства. Последњи правилник из 1654. г. је био инспирисан саским поступком, па је уведена евентуална максима. Дакле, спрам овог правилника је и успостављено опште право, које након тога важи као супсидијарно у односу на посебне поступке који се доносе све до стварања уједињења 1871. г.¹ Међутим, опште право није никако било јединствено; као целина је постојало само у литератури и у оквиру студирања на факултетима. У сваком случају, већинско схватање доктрине општег права је било

¹ Разлог за то је и околности да су територијални поступци мање или више имали празнине; уп. *Bomsdorf*, 27.

да - у смислу *Генерове* типологије – расправно начело важи. Након успостављања појма расправно начело, то се тако и изражава.²

Најзначајнији подухват на партикуларном плану, који је, чини се, и узроковао добар део спора о расправном начелу, представља онај у Пруској. Прво је 1781. г. за време *Фридриха Великог* донет *Corpus iuris Fridericianum*, у којем је адвокатура забрањена и у којем се укинула – опет у данашњем смислу – расправна максима, али и евентуална. Судија је био обавезан да „слободно“ у неспоредном контакту са странкама истражује истину по сл. дужности.³ Непуних 20 година касније, *Фридрих II* објављује нов закон – (пруски) Општи судски поступак (1793. г.), којим се заправо ревидира претходни. У њему је успостављена категорија „правосудних комесара“ (*Justizkommessare*), са којим се адвокатура вратила на мала врата. Но, дужност суда да по сл. дужности истражује истину је остала. Такаво уређење само за себе се не може објаснити без довођења у везу идеолошких аспеката. Пруска је тада апсолутна држава и време је просвећеног апсолутизма. У односу на време које долази, такав поступак је израз негација идеја које овладавају. Либерална мисао која прожима све више и само право тако налази у пруском концепту странко тело. Он ће дуго времена и након напуштања основе парадигме, а то се дешава коначно 1846. г.,⁴ бити симбол негације духовних стремљења либералне епохе и служиће као подсетник на чега се враћа „истрага суда“. Међутим, важно је истаћи да је инспирација за увођење истражног начела, које ни само није било чисто, и одређена социјална мисао. Један од узрока за укидање адвокатуре и владавине странака је било и дуго трајање поступка, као и зависност исхода спора од вештине, умећа и манипулације адвоката. Дакле, мисао о бржем поступку и проналажењу истине је кључна и изричито видљива замисао.⁵

На развој немачког права, и тиме на припрему доношења јединственог закона, утицала су и дешавања у Француској, прецизније доношење француског Законика о грађанском поступку 1806. г. Такав закон је био прожет идејама либерализма и, уколико се гледа са аспекта тадашњег немачког права (општег и пруског), био је у потпуности другачији. У њему није било евентуалне максиме, одржавала се усмена и јавна расправа, и постојао је систем везаности доказа и слободне оцене. Уз то, што је најважније, судија је био и више него пасиван – кретање парнице је било у рукама странака, оне су саме размењивале поднеске који се нису достављали суду, већ када би то желеле, оне би ставиле свој спор на „листу поступака“ и тек би се тада суд бавио њим.⁶ У контексту расправног начела,

² Ипак, истраживања су показала да и спрам општег права суд има одређена овлашћења, пре свега дужност питања, што је довело *Бомсдорфа* до закључка да правило *iudex ex officio non procedit* уопште није важило у општем праву, тиме ни расправно начело; *Bomsdorf*, 62 и след., нарочито 64.

³ Уп. *Bomsdorf*, 75.

⁴ *Бомсдорф* и поред тога што је читава тадашња доктрина сматрала да са променама из 1846. г. пруски поступак вратио расправно начелу, закључује након тога, уз истраживање самог текста закона, да је то погрешан закључак; *Bomsdorf*, 228. С друге стране, данас је у остатку доктрине неспорно да је од тог тренутка у Пруској напуштено истражно начело; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*¹⁷, § 4 Rn. 26; *Fasching*², Rn. 31.

⁵ На то упућује редактор пруског закона *Сварец* (*Svarez*), уп. *Wassermann*, *Sozialer Zivilprozeß*, 33/34.

⁶ *Rosenberg/Schwab/Gottwald*¹⁷, § 5 Rn. 27.

француски систем се сходно реченом означавао и означава, као пример поступка по чистом расправном начелу.⁷ Утицај француског модела је био знатан, с обзиром да је у неким немачким земљама и сам важио, док су друге државе своје поступке обиликовале у већој или мањој мери спрам њега.

Време уочи доношења нГрпп сходно изложеном карактерише правни партикуларизам, и поред доношења партикуларних закона у другој половини XIX века који су на заокружен начин регулисали парнични поступак. Они су били концепцијски неусклађени, а свакако да је након уједињења постојала потреба за јединственим грађанским поступком. Но, и пре њега се радило на доношењу јединственог немачког закона, али предлози пре свега из политичких разлога нису постали закон. У сваком случају је за разумевање изворног модела нГрпп кључно издвајање две ствари. Прво, идеолошки контекст у смислу либерализма и „манчестеријализма“; улога државе није интервенцијска, а слобода грађана се мора што је могуће више обезбедити у односу на њу. Тиме је и обезбеђена парадигма поступка у виду страначке власти и размерне судијске пасивности. Како је речено, сећање на пруски концепт је уједно и сећање на апсолутизам, што очигледно не долази у обзир. Друга ствар је утицај француског модела, који је управо због тога што је у себи већ полазио од либералних идеја давао конкретну мустру. Он је већ утицао на хановерски поступак из 1850. г., који ће послужити као основа и за нГрпп.

II. Изворна концепција нГрпп

За изворни нГрпп опште место је да је он продукт либералне епохе и либералног схватања поступка. Он је изграђен као поступак у коме доминира страначка владавина, а неретко се истиче да га карактерише и пасиван суд.⁸ У том смислу се и говори да је важило чисто расправно начело, или готово чисто.⁹ За такво означавање је нужно учинити пар напомена. Пре свега, мора се имати у виду схватање расправног начела као појма у то време. Тада је, наиме, још увек доминирало схватање о расправном начелу које обухвата у данашњем смислу и начело диспозиције и начело страначког кретања парнице. У том смислу се и може говорити о „чистом виду расправног начела“, јер је кретање парнице било у рукама странака;¹⁰ у томе се и види француски утицај. Но, уколико се посматра расправно начело у савременом значењу, мора се истаћи да нема говора о чистом расправном начелу као важећем. Судијска дужност питања већ постоји у изворној верзији, додуше не у данашњој редакцији, и што је важно, не у данашњем схватању. Али то ништа не мења, па се зато и с времена на време указује да изворни нГрпп као модел није баш екстремно либералан у смислу одсечне расподеле одговорности за

⁷ Уп. *М. Марковић*, Теорија, 70; *Јакшић*⁶, т. 265.

⁸ Уп. *Gottwald* in: 100 Jahre österreichische Zivilprozeßgesetze, 179 (180); *Wassermann*, Sozialer Zivilprozeß, 32 и след.

⁹ Тако и из аустријског угла *Rechberger* R. L. R. 25 (2008), 101 (104/105); *Rassi* ZP 121 (2008), 165 (185).

¹⁰ Тако је достављање, заказивање рочишта, одлагање и др. било ствар странака.

прибављање процесног материјала.¹¹ Наравно, не може се спорити и да саодговорност суда као концепт у то време не постоји као заокружена и разрађена идеја у данашњем смислу.

НГрпп уопште нема „основне одредбе“ у којима би се регулисала начела поступка, али и принципи и начелна одређења у смислу постулата. Такав приступ је стран тадашњем законодавцу, али изгледа и данашњем. С друге стране, ни појединачне одредбе нису дале изричит одговор на питање важења расправног начела, јер нити једна одредба не спомиње изричито везаност суда за тврдње странака. Једино што је било предвиђено јесте истражно начело за брачне спорове, што је био довољан разлог да се констатује да је расправно начело толико било неупитан и саморазумљив концепт, да је било потребно само да се предвиди изузетак од њега.¹² Таква одредба ће служити и касније, све до данас, да се већ на догматичком плану путем *a contrario* закључка оправда важење расправног начела. Ипак, питање потребе доказивања је изричито било решено, и то у правцу потврде расправног начела. Признање тврдњи везује суд, али и странку која признаје, јер она може да опозове признање само ако докаже да призната тврдња није истинита и да је она била у заблуди. Странке имају дужност да се изјасне о тврдњама противника, а ако неоспоре тврдње сматра се да су их признале (фикција признања). На крају, и изостанак туженог који је био услов за доношење пресуде због изостанка је имао значај фикције признања тврдњи тужциоца.

Како је речено, изворни нГрпп је садржао судијску дужност питања, па је било предвиђено за поступак пред земаљским судовима – првостепени поступак у којем странке немају постулатиону способност – да ће председник већа путем питања утицати да се нејасни предлози појасне, недовољни наводи о чињеницама употпуне, доказна средства означе и уопште да сва изјашњења битна за утврђење спорног односа дају (§ 130 ст. 1 нГрпп). За првостепени поступак пред основним судовима, где су није постојало принудно адвокатско заступање, било је предвиђено да ће суд на усменој расправи утицати на да то се странке изјасне потпуно о свим чињеницама и да поставе сврсисходне предлоге (§ 464 нГрпп).¹³

III. Новелирање

Изворни нГрпп није дао очекиване резултате пре свега у смислу ефикасности. Исто тако, либерална концепција не само да је означена као разлог за то, већ је и она сама била изложена критикама спрам идеолошких позиција, које су биле понекад и обојене својеврсним национализмом. Наиме, од 1895. г. и доношења

¹¹ Доста репрезентативно, али исто тако незапажено *Prütting NJW 1980, 361 (363)*: „Заиста се може рећи да расправно начело од 1877. г. до данас никада није овладало у смислу да за истраживање истине странке све ради, а суд ништа; може се, међутим, до данас утврдити права доминантност расправног начела, која оправдава да парнични поступак и даље сагледавамо кроз овладавање овог начела“.

¹² Уп. *Leipold JZ 1982, 441 (442/443)*; *Schönfeld, 49*.

¹³ Упућивање постављања „сврсисходних предлога“ (*sachdienliche Anträge*) подразумева пре свега упућивање на преиначење тужбе.

аустријског поступка, који је имао очиту социјалну улогу, незадовољство поводом „антисоцијалности“ немачког поступка добија поуздан ослонац у резултатима *Клајновог* рада. Уз то, сувише ослањање на француски модел било је повод да се нГрпп означи као „ненемачки“, а пасивност суда је била кључна тачка за такву дијагнозу; у складу са тим се *Клајнов* поступак у коме је већ од изворне редакције акцентована нарочито судијска активност и означавао као „више немачки“, односно он је био заснован на немачком праву.¹⁴

Не без разлога се историја новелирања немачког поступка означава као „историја ограничавања страначке владавине“.¹⁵ Другим речима, постепено је јачала улога и власт суда. Свакако да је прелазак на судско кретање парницом, као и постепено јачање преклузија израз тога. Но, и улога суда у прикупљању процесног материјала је новелирањем константно мењала свој облик, и то у правцу јасног заокруживања концепта судијске саодговорности.

Најзначајније новеле у погледу тога су она из 1924. г. (тзв. Емингер новела), са којом се, како се истиче, немачки поступак пресудно опростио од (екстремно) либералног схватања, како и Новела из 1933. г., која је речено додатно потврдила и „ставила тачку“. Емингер новела је редефинисала судијску дужност упућивања за поступак пред земаљским судовима, па је она била предвиђена као дужност претресања чињеничне и правне стране спора са странака, као и дужност утицања на странке да разјасне наводе, допуне наводе о чињеницама, означе доказе и поставе повољне предлоге (§ 139 ст. 1 нГрпп). Са Новелом из 1933. г. је по узору на аустријско право унета дужност истинитих и потпуних изјашњења странака (тзв. дужност истине): странке требају да дају своја изјашњења истинито и потпуно (§ 138 ст. 1 нГрпп).¹⁶

Као додатна потврда идеје о судијској одговорности је и Новела из 1976. г. (Новела упрошћавања), са којом се иначе тежило концентрацији поступка, што је имало за последицу редефинисање система преклузија током првостепеног поступка.¹⁷ С обзиром на до тада већ успостављену забрану тзв. пресуда изненађења, она је и изричито предвиђена; суд није смео да донесе одлуку засновану на једном правном гледишту које је странка видно превидела или држала за небитно уколико не би странци дао прилику да се изјасни о томе (§ 278 ст. 3 нГрпп).

IV. Новела из 2001: данашње стање

¹⁴ Репрезентативно *Gierke ZZP* 24 (1898), 445: „[н]аш грађански поступак није немачки. Такође, није ни народни. А најмање је социјални“ (456); „[а]устријски поступак је немачкији од немачког“ (458). Са оваквим ставом се *ф. Гирке* надовезује на резултате *Шварцовог* истраживања, у којем је он препознао „немачки дух“ у *Клајновом* раду; за *Шварцово* схватање уп. *Gierke ZZP* 24 (1898), 445 (455 и след.); *Damrau*, 136 и след.

¹⁵ *Schönfeld*, 53.

¹⁶ За исцрпнији приказ доношења обе новеле в. *Damrau*, 313 и след., 386 и след.

¹⁷ Назив Новела упрошћавања је званични назив (*Vereinfachungsnovelle*). Ипак, питање је колико је она заиста допринела самом упрошћавању, с обзиром да је са додатном разрадом система преклузија, и припремања усмене расправе заправо усложнила поступак; тако *Bettermann ZZP* 91 (1978), 365 и след.

Последње новелирање нГрпп које је имало значај темељног мењања концепције поступка је Реформа из 2001. г.¹⁸ Што се тиче питања сакупљања процесног материјала и расподеле одговорности, она је имала нарочит утицај, с обзиром да су одредбе о судијској дужности упућивања редефинисане. Исто тако, и одредбе о извођењу доказа по сл. дужности су претрпеле промене, и то у правцу јачања позиције суда. С друге стране, темељно је измењена концепција самог поступка кроз мењање вековне улоге другостепеног (призивног) поступка. Уместо *de novo* расправљања о тужбеног захтеву, призивни поступак је сада намењен контроли првостепених пресуда. На тај начин се немачки поступак приближио аустријском моделу. То би, већ према замисли законодавца, требало да има имало снажан повратни утицај на првостепени поступак и јачање улоге и саодговорности суда. Лајтдеја реформе је „политичка“,¹⁹ с обзиром да је циљ био да се поступак обликује тако да буде ближи грађанима, ефикаснији и транспарентнији. Зарад тога је, пре свега, § 139 нГрпп добио нову редакцију, у којој се поред дотадашњег садржаја дужности упућивања сада наша и забрана пресуде изненађења, која је до тада била регулисана на другом месту. Он сада гласи:

(1) Суд ће спорни однос, уколико је потребно, да претресе са странкама са чињеничне и правне стране и да постави питања. Он ће утицати да се странке благовремено и потпуно изјасне о свим битним чињеницама, нарочито да недовољне наводе о чињеницама допуне, да означе доказна средства и да поставе сврсисходне предлоге.

(2) Суд сме да заснује своју одлуку на основу једног правног гледишта које је једна странка видљиво превидела или је држала за небитно, осим ако се тиче споредног тражења, само када је на то упутио странку и дао јој прилику да се о томе изјасни. Исто важи и за једно гледиште, које суд другачије оцењује од обе странке.

(3) Суд ће да скрене пажњу да сумње које постоје у погледу ствари на које пази по сл. дужности.

(4) Упућивања према овој одредби се дају што је могуће раније и морају се констатовати у списима. Њихово давање се може само кроз садржину сприся доказивати. Против садржине списа је дозвољен само доказ о кривотворењу.

(5) Уколико је странци немогуће непосредно изјашњење у погледу судијског упућивања, онда на њен предлог суд треба да одреди рок у којем ће она изнети у поднеску своје изјашњење.

Одредбе које би регулисале питање везаности суда за тврдње странака ни 2001. г. нису уведене, и оне до данас не постоје. Штавише, реформом ванпарничног поступка њиме су – начелно – обухваћени и породични спорови, што је значило да се из нГрпп брише и одредба која је предвиђала истражно начело за брачне и патернитетске спорове. Дакле, нормативног ослонаца за расправно начело у парничном поступку у виду *a contrario* закључка више нема, тј. нема га у нГрпп.²⁰ С

¹⁸ О реформи из 2001. г. уп. *Becker-Eberhard* in: *Zivilverfahrensrechtliche Probleme*, 56 и след.

¹⁹ Тако изричито *Rosenberg/Schwab/Gottwald*¹⁷, § 5 Rn. 25.

²⁰ Но, основ за *a contrario* још увек постоји уколико се гледа укупан систем грађанског судског поступка, јер управо начелна одредба за све поступка у породичним стварима и стварима ванпарничног правосуђа предвиђа истражно начело (§ 26 Закона о поступцима у породичним

друге стране, одредбе које се тичу расправног начела су задржане, па је остало исто уређење признања тврдњи (§§ 288-290 нГрпп) и изостанка оспоравања (§ 138 ст. 2-4 нГрпп). На крају, дужности истине још увек постоји (§ 138 ст. 1 нГрпп).

стварима и стварима ванпарничног правосуђа [Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit]).

§ 8 Схватања о важећем начелу

I. Класично либерално схватање (*Вах*)

Везивање изворне редакције нГрпп за класично либерално схватање је већ одавно опште место у литератури. На тај начин се укратко изражава мисао да је изворна верзија закона пошла од готово чистог расправног начела, а да је доминантна доктрина то подржавала. Како се то често наводи, и сам закон и владајућа доктрина – која га је иначе и створила¹ – савршени су одраз духовних стремљења либералног друштва. При томе се као најрепрезентативнији представник класичног (традиционалног) либералног схватања приказује *Вах*, али није нимало ретко да се ту укључују и представници доктрине општег права, као и оно што су писали о том систему. У том смислу, када се говори о расправном начелу и улози судије, не изоставља се догматичко и правнополитичко оправдање класичног либералног схватања, па и тезе које оправдавају екстремно, чисто расправно начело. *Вахова* мисао о синониму расправног начела у виду начела незаинтересованости државе за спорну ствар, као и његов анимозитет према „начелу материјалне истине“ је неизоставни део приказа. Наиме, његова је теза да проналажење материјалне истине никако није загарантовани циљ поступка.² Поред тога се данас акцентује пожељност пасивног суда и заправо дарвинистички приступ парничном поступку. Иако *Хефтер* у првој половини XIX века формира тезу и процесном рату и борби странака, она се неизоставно везује и за класичну либералну доктрину која обрађује нГрпп. Једном речју, класична либерална доктрина је правац који оправдава чисто расправно начело, а *Вах* је најрепрезентативнији представник.³

Овакво приказивање либералног схватања у којем расправно начело у резултату подразумева пасивност суда мора се узети са резервом, и у одређеној мери релативизовати. Оно је пре свега и раније, а и данас, условљено позицијама самих аутора. Тако је овај приказ расправног начела карактеристичан за противнике либералне струје.⁴ Исто тако је карактеристично, што је овде најзначајније, изостављање ставова о положају судије – пре свих *Ваха* – који тек на крају дају право виђење расправног начела у изворном нГрпп. Изоловано се узима његова

¹ Уп. *Wassermann, Sozialer Zivilprozeß*, 27: изворни нГрпп се не сме поистоветити са духом формирања Немачког царства (Рајха), с обзиром да је *Бизмаркова* држава била компромис између племства и грађанства; у нГрпп према томе нема потврда ауторитативне и патерналистичке слике *Бизмаркове* државе, већ је он, штавише, продукт фахбирократије под теоријским утицајем пандектистике и либералног духа. У истом смислу касније и *Gottwald in: 100 Jahre österreichische Zivilprozeßgesetze*, 179 (180).

² У првом издању својих „Предавања о нГрпп“ истиче да је материјална истина само случајни резултат парничног поступка; *Wach, Vorträge*, 149.

³ Тако изричито *Böhm Ius Commune VII* (1978), 136 (150): *Вахово* схватање правосуђа је репрезентативна слика његовог времена. Када се речено стави у контекст даљег *Бемовог* приказивања, то значи да је слика времена чисто расправно начело.

⁴ В. нпр. *Menger, Bürgerliches Recht und besitzlose Volksklassen*³, 29 и след.; *Klein/Engel*, 186 и след., нарочито 189; *Bernhardt JZ* 1963, 245 (246); *Böhm Ius Commune VII* (1978), 136 (150 и след.); *Wassermann, Sozialer Zivilprozeß*, 32 и след. Ипак, и они који се сасвим поуздано могу сврстати у неолиберални правац исто чине; тако нпр. *Brehm*, 10 и след.

аргументација о оправдању расправног начела (незаинтересованост државе за спорну ствар) и на основу ње му се приписује идеја о чистом расправном начелу, односно слици парнице као борбе странака где је суд пасивни арбитар.⁵ Међутим, ако се *Вахово* схватање сматра за најрепрезентативније, а сматра се, онда се либералном схватању не може приписати идеја о чистом расправном начелу. Још мање се то може приписати самом *Ваху*, што *Бем (Vöhm)* чини.⁶ Због тога и *Лајполд*, додуше скромно али ипак довољно, упозорава на опасност од претеривања при реконструкцији либералног схватања.⁷

Прво треба истаћи да се дарвинистичко схватање парнице заиста може пронаћи у доктрини, али је то на тако изричит начин схватање пре свега доктрине општег права средине XIX века која је преузела *Генерове* моделе максима и дала им нова образложења. У том смислу се и говори о зависности успеха у парници од талента странака, а расправно начело се често оправдава максимумом *iura vigilantibus scripta sunt* или изреком „Свако је ковач своје среће“. Али то се код *Ваха* више не може пронаћи, и он не заступа такву тезу. Управо супротно, како је већ у овом раду речено, *Вах* је припадник оног дела теорије који *Бомсдорф* назива „исправно схваћеним расправним начелом“, по којем судијска активност у границама расправног начела није његов пробој. Он је критичар чистог расправног начела и у том смислу тог дела доктрине општег права. На том курсу инсистира и отворено се залаже за активност суда у виду „дужности питања“ (§ 130 нГрпп [изворни]). У судском управљању парницом, где је централна тачка управо судијска дужност питања, *Вах* види јавни интерес.⁸ Штавише, уз поновну критику вулгарног поимања расправног начела у доктрини општег права, напомиње да је нГрпп дошао као ослободилац, јер је „скинуо окове судском управљању“.⁹ У критици ранијег схватања расправног начела се и види његово право схватање: „Једна наопака доктрина општег права је уз помоћ писаности поступка помутила једноставно и једино право гледиште; она је одузела судији природна помоћна средства за расветљавање спорног односа и за слободну и чврсту примену процеснокоректне власти.“¹⁰ Још енергичније потом констатује једну изузетно важну ствар, а то је да се на тај начин у теорији и пракси дегенерисала једина исправна идеја – на основу приватноправног карактера спорне ствари – о страначкој владавини у погледу покретања, трајања и садржаја спорног односа,¹¹ мислећи тиме на саму парницу. На основу тога се види да *Вах* јасно пребацује ранијој доктрини да је компромитовала

⁵ Тако *Bernhardt JZ* 1963, 245 (246); *Böhm Ius Commune VII* (1978), 136 (150 и след., нарочито 152).

⁶ Уп. *Böhm Ius Commune VII* (1978), 136 (150 и след.), који целокупну идеју о чистом расправном начелу и нужности пасивног судије приписује *Ваху* као најпроминентијем заступнику онога што се назива (класично) либерално схватање.

⁷ *Leipold JZ* 1982, 441 (443). Са истим циљем *Бетерман*, *Притинг* и *Штурнер* упозоравају на постојање дужности питања и активног судије и у изворном нГрпп (§§ 130 и след., 464); уп. *Bettermann ZZP* 91 (1978), 365 (389/390); *Prütting NJW* 1980, 361 (362 и след.); *Stürner*, Richterliche Aufklärung, Rn. 3.

⁸ *Wach*, Vorträge², 53.

⁹ *Wach*, Vorträge², 54.

¹⁰ *Wach*, Vorträge², 52, 70.

¹¹ *Wach*, Vorträge², 52/53.

идеју о расправном начелу тако што је заузела екстремну позицију. Но, одмах потом и критикује и тадашње нападе на расправно начело који су уперени на истраживање истине зарад заштите слабијих, обесхрабљених или неделатних странака. За *Ваха* су то лажни напади на *laisser aller* који воде политици патернализма; тада судија постаје патрон странака, а такав систем би био туторство над њима; „општи и тако оправдани позив на заштиту слабијих мора и овде служити претераним и штетним захтевима“.¹² У погледу схватања дужности питања, тј. изворног § 130 нГрпп, истиче да је то права дужност, а не само право, што има своју практичну последицу: повреда дужности је без сумње ревизијски разлог.¹³ Ова дужност је помоћно средство суда намењено странкама, јер суд треба да утиче на њих да изнесу потребне тврдње и да предложе доказе, као и да странке сазнају судијино правно виђење спора. Могло би да се каже да се *Вахово* схватање садржине, смисла и значаја дужности суда у погледу сакупљања процесног материјала најбоље види из следећих реченица.

Судија треба да пресуди на основу навода странака. Онда му мора бити дозвољено да странци изјави: твој навод је непотпун, у том и том делу нејасан, недоказан; употпуни, појасни, докажи, ако желиш да победиш. Не треба суд да употпуњује и доказује. Он треба да да странци прилику да то учини.¹⁴

Имајући у виду речено, расправно начело класичног либералног схватања није чисто расправно начело. То није могло ни да буде с обзиром на позитивноправно стање. Утицај идеје о расправном начелу као владавини странака и њихој одговорности, ипак је утицао на судску праксу која је из данашње перспективе стидљиво примењивала изворни § 130 нГрпп. Преко дужности употпуњавања тврдњи и предлога доказа, што је било неспорно и за *ЦС*, све остало је било спорно.¹⁵ Но, у резултату се мора закључити да либерално схватање подразумева и одређену саодговорност суда. У супротном, доктрина мора да јасно одреди шта је заиста либерално схватање и ком времену оно одговара, што би због изнетог схватања *Ваха* значило и да се он мора изузети из њега. То међутим нико не чини, већ обрнуто, *Вах* је централна фигура класичног (традиционалног) либералног схватања.

II. Социјално схватање поступка (*Клајн*)

Већ крајем XIX века, дакле у време када се формира и либерално схватање, уобличива се и тзв. социјално схватање поступка, за чијег идејног творца се данас готово неизоставно наводи *Франц Клајн*. Ради се о потпуно другачијем схватању парничног поступка од тадашње владајуће доктрине. Како се то наводи, *Вах* и *Клајн* су антиподи, па би тако и либерално и социјално схватање исто тако били

¹² *Wach*, *Vorträge*², 53 и след.

¹³ Исто и *Gaup*, *ZPO*², § 130 Bem. II.

¹⁴ *Wach*, *Vorträge*², 73; у истом смислу и *K. Schneider*, *Ueber richterliche Ermittlung*, 107 и след. За даља схватања дужности питања из изворног § 130 нГрпп *Peters*, 13 и след.

¹⁵ За опширну анализу тадашње праксе уп. *Peters*, 18 и след.

антиподи.¹⁶ Међутим, без обзира што је *Клајн* заиста најпроминентнији представник социјалног схватања, његове идеје нису оригиналне. Пре свега је он исходиште налазио већ у тезама *Менгера* (*Menger*), иначе свог учитеља; уз то, пруски ОСП у великој мери је утицао на њега. Вредност његовог рада је у уобличавању идеја, доста ангажованом промовисању, и на крају, што је ноторно, у изградњи процесног система на основу својих идеја – аустријског Грпп.¹⁷

Последње речено, уз исто тако ноторну чињеницу да је *Клајн* прво део аустријске доктрине, а тек потом германске, поставља питање уопште излагања његових схватања у делу овог рада који је посвећен немачкој доктрини, на крају и немачком поступку. Заиста, место *Клајновог* схватања би било у наредном одељку посвећеном аустријском праву. Међутим, његово схватање, односно социјално схватање поступка с преласка из XIX у XX век не може се назвати искључиво аустријским. Ради се о времену у којем и поред различитих државних оквира заиста постоји јединствени доктринарни круг. *Клајнове* идеје изражене још пре доношења аГрпп – чувени *Pro futuro* – су изазвале доста велику пажњу у Немачкој и утицале су већ тада на формирање ставова који су њему слични. У прилог томе треба да посведочи да можда не постоји ниједан други пример у немачкој литератури да се једно аустријско схватање, боље рећи схватање аустријског аутора, наводи као интегрални део немачке доктрине, без обзира на однос према њему.¹⁸ С друге стране, чини се да је немогуће обрадити и схватити немачку теорију која следи у XX веку без *Клајна*. Теоријски правци који се формирају у већој или мањој мери се ослањају на његове почетне тезе. Како ће се показати, ослањање иде од заправо комплетног преузимања идеје, до надградње, али и до преузимања неке аргументације код противника социјалне струје. Због тога ће се овде изложити схватање *Клајна*, с тим да је нагласак на концепцијским стварима, без осврта на конкретна законска решења. Узима се у обзир како његов чувени програмски рад *Pro futuro*,¹⁹ тако и касније излагање које је већ подешено спрам донетог аустријског закона.

Потпуно другачије схватање поступка у односу на либерално, како се данас наводи, исказује се у задацима правосуђа и парничног поступка. Социјално питање, боље остетљивост на њега, долази до изражаја и у концепцији поступка. Стога се поступак не сагледава као индивидуална ствар странака, већ као јавноправна институција јавног добра (*Wohlfahrtseinrichtung*). У томе се и види повезаност са пруским моделом с краја XVIII века. Публицистички карактер поступка тако добија свој непосредан израз; поступак као институција тангира јавне интересе и има

¹⁶ *Böhm Ius Commune VII* (1978), 136 (150).

¹⁷ Опширније доле § 10 I.

¹⁸ У обради схватања поступка готово неизоставно се наводи и *Клајнова* концепција, касније названа социјалним схватањем; уп. нпр. *Jauernig*²⁹, § 1 III; *Brehm*, 13 и след.; *Wassermann*, *Sozialer Zivilprozeß*, 52 и след.

¹⁹ Чланак „*Pro futuro* - Betrachtungen über Probleme der Civilprozeßreform“ [*Pro futuro* – Размишљања о проблемима реформе парничног поступка] изашао је у наставцима у аустријском часопису *Juristische Blätter* 1890/91. г., да би касније био објављен и као монографија. У овом раду се користи спрам првог издања у наведеном часопису.

задатке који превазилазе индивидуалн значај. Због тога је неопходно да је у парничном поступку уклопе лични интереси у интересе заједнице.²⁰ *Клајново* социјално схватање поступка изражава се с једне стране у бризи за неуке и сиромашне странке, надовезујући се тиме у одређеној мери на свог учитеља *Антонa Менгера*. Обезбеђивање правне заштите у парничном поступку оваквим странкама један је од лајтмотива овог схватања. С друге стране, јавноправни задатак поступка се огледа у његовом схватању парнице као масовне појаве, уједно и социјалног зла, које се мора брзо окончати, пре свега због економских циљева. Отуда је његов идеал поступак у којем ће се брзо, јефтино и правично доћи до исправне пресуде. Све то утиче да циљ поступка буде другачији од либералног схватања, у чему је и њихова фундаментална разлика. Наиме, циљ поступка није само индивидуална заштита, већ је циљ поступка да се кроз појединачну парницу заштити објективни правни поредак. Чини се да је акценат на последњем, што се види из *Клајновог* става да појединачни правни односи и права уживају заштиту само као део, као ћелије целине,²¹ а то би у данашњем смислу био објективни правни поредак.²² Овакав неиндивидуалистички приступ сагледавању поступка нужно се одсликавао и на положај суда у парници, и то пре свега у погледу сакупљања процесног материјала.

Клајнова критика расправног начела и улоге судије у парници уопште представља централно место његовог социјалног схватања поступка. Дакле, напори које чини зарад другачијег виђења модела прикупљања процесног материјала нису никако инспирисани доктринарним потребама, већ обрнуто, догматичка неутемељеност расправног начела само је аргументација за постизање циља, а то би у данашњем речнику био модел социјалног поступка. То је неопходно имати на уму да би се на исправан начин могла схватити жестока критика расправног начела. Исто тако, схватање историјског контекста је незаобилазно.

Када говори о расправном начелу, *Клајн* има на уму доктрину општег права по којој је расправно начело комплетна владавина странака у погледу процесног материјала, и с друге стране, као последица тога, комплетна пасивност суда на том плану. Темелни теоријски разлог такве доктрине је „природа ствари“ и идентификација слободе располагања приватним правима и слободе располагања процесним материјалом – догматичко оправдање расправног начела. Из тог разлога *Клајн* парафразира на тај начин схваћено расправно начело као „својину странака на процесном материјалу“.²³ Целокупан напор на теоријском плану обарања овог „теоретског сидра“ доктрине, а по њему заправо догме, јесте управо доказивање непостојања идентитета – у данашњој терминологији – начела диспозиције и расправног начела, или краће, доказивање погрешности аргумента „природе ствари“. Ако се разложи аргументација, она се може грубо поделити на два дела. Први се односи на позивање на *Генера* и његову тезу да расправно начело није

²⁰ *Klein/Engel*, 187.

²¹ *Klein/Engel*, 188

²² Тако и савремена реконструкција *Клајновог* схватања циља поступка; *Gaul* in: *Zivilprozeßrecht im Lichte der Maximen*, 68 (77); уп. и *Jauernig*²⁹, § 1 III 1.

²³ *Klein* JBI 1890, 519 (519).

једино сагласно разуму, чиме он заправо показује да тадашња доктрина превиђа ставове творца концепта на који се она позива. Други део, у којем је видљива и његова „ауторитативна нота“ и „јозефински дух“²⁴ тиче се критике, по њему, суштине расправног начела. Тиме што странке могу својеволјно да суду приказују стварни догађај само у деловима, расправно начело подразумева располагање мером исправности пресуде, односно

[з]бог тога је владавина у погледу процесног садржаја, другим речима овлашћење да се судија води ка једној погрешној или пак само релативно исправној, односно нетачној пресуди.²⁵

Поступак не служи стварању нових правних односа, или измени старих, једном речју не служи преображајима, с обзиром да они наступају према материјалном праву ван поступка. Тиме он обара тезу о „природи ствари“ концепцијом парничног правосуђа уједно пребацујући кривицу за погрешно схватање романистичком поимању тужбе, доктрини о *actio*, по којој би и сам поступак имао обележје правног посла. Уз то, у оквиру ове аргументације додатно нуди један, рекло би се, животно реалнији поглед на парницу од оног који нуди доктрина општег права, позивајућу се опет на *Генерово* образложење истражног начела. Наиме, теза о свакој непотпуности чињеничног стања као изјаве воље о одрицању субјективног права је схватање отуђено од народа, што прилично уверљиво показује када истиче да се

[с]транке не обраћају суду да створи њихове правне односе, већ да заштите постојеће. Обраћају се суду не зато што се он бави стварањем правних односа, већ зато што је његова функција да реализује и заштити постојећа права, и зато што се странке надају да ће зато суд и предузети све што је потребно према стању ствари да им се помогне.²⁶

Показивање теоретске неутемељености догме о пасивности судије за циљ има спровођење идеја које треба да допринесу другачијем схватању поступка, па се управо на том месту показују *Клајнове* идеолошке позиције. Надовезујући се на идеју *Менгера* заштите неуких и сиромашних странака, али уједно и ограђујући се од његове екстремне позиције, истиче да је расправно начело „оружје које зато што не зна да рукује са њиме лакше повреди саму странку, него што би деловало успешније против свог противника“.²⁷ Сакупљање процесног материјала уз активност суда треба да представља „радну заједницу учесника поступка“ (*Arbeitsgemeinschaft*) – идеја која до данас доминира у аустријској доктрини, док је у немачкој и више него спорна. Из тога следи очигледно критика схватања парнице као бојног поља, с обзиром да констатује да „парница не треба да буде бојно поље без црвеног крста“.²⁸ Дакле, социјално схватање се може разумети тако да расправно начело није у интересу самих странака, а нарочито оних који према

²⁴ *Oberhammer* in: *Konfliktvermeidung und Konfliktregelung* 34 (46); уп. и *Böhm Ius Commune VII* (1978), 136 (158).

²⁵ *Klein JBI* 1890, 519 (520).

²⁶ *Klein JBI* 1890, 519 (521); уп. и *Klein/Engel*, 200.

²⁷ *Klein JBI* 1890, 519 (522).

²⁸ *Klein JBI* 1890, 555 (556).

својим способностима нису у стању да схвате његов значај, што је већ *Менгерова* теза. Разлика између екстремног схватања последњег (судија треба да буде заступник сиромашних и неуких²⁹) и *Клајна* је тако мера овлашћења суда. Због тога је и важна напомена *Клајна* да његова концепција није истрага суда, нити је активност суда неограничена; границе морају да постоје, и оне су повучене оквирима постављених (тужбених) захтева.³⁰ Активност суда пре свега треба да се манифестује кроз утицање на странке да надопуне своје тврдње, и већ тада *Клајн* наглашава да таква активност не следује пре изношења тврдњи, него након. Исто тако, ни суд не може да има принудна средства, што касније потврђује кроз схватање природе материјалног управљања парницом. Поред тога, суду треба омогућити да позове странке на информативно саслушање, те омогућити му да изводи доказе по сл. дужности. Сумарно, активирање судије зарад постизања циља – исправне пресуде – је у служби социјалног задатка; сваки спор је социјално зло, рана на телу друштва, па пресуда има и ову рану да излечи, а средство за то је исправно чињенично стање.³¹ Активност суда треба да допринесе идеји да неуке и невеште странке не сnose штетне последице тиме што не поставе потребне чињеничне тврдње. Ипак, то је све и у општем интересу сходно његовом циљу поступка.

Веома важна компонента *Клајновог* схватања је једна његова очита теоријска недоследност, која у укупности даје повода за релативизовање наведеног приступа у којем има „ауторитативних нота“. Наиме, и поред предане борбе против доктрине општег права у погледу права странака да располажу чињеничном подлогом пресуде, за њега признање тврдњи није спорно: оно везује суд. Разлог за то је у *Pro futuro* позив на заштиту приватности странака, односно непостојање потребе, као што је то случај у кривичном поступку, да суд заиста „истражује“ чињенично стање; то је „страначко право самоопредељења“.³² Касније наведено дејство признања тврдњи он изричито образлаже приватном аутономијом, и исто тако изричито истиче да се не ради о заостатку „формалне истине“.³³ Ова недоследност, или како *Оберхаммер* (*Oberhammer*) истиче, „парадокс“,³⁴ када се стави у контекст његовог виђења улоге суда и модела прикупљања процесног материјала даје основа за можда другачије виђење његовог укупног схватања. Ако се гледа на *Клајново* схватање из историјског угла, што је нужно, а уз то се има у виду ипак његово залагање за очување слободе странака, могло би да се закључи да је читав концепт служио разбијању догме о пасивном судији као последици приватне аутономије, а не фундирању идеје о немогућности располагања чињеничним материјалом.³⁵ Тако

²⁹ *Menger*, Bürgerliches Recht und besitzlose Volksklassen³, 35.

³⁰ *Klein* JBI 1890, 543 (544).

³¹ *Klein/Engel*, 200 и след.

³² *Klein* JBI 1890, 543 (544).

³³ *Klein/Engel*, 339: то није заостатак формалне доказне теорије, већ је дејство страначке воље, што спада у принцип диспозиције.

³⁴ *Oberhammer* in: *Konfliktvermeidung und Konfliktregelung*, 32 (54).

³⁵ Индикативно за ову тезу је и инсистирање да дужност упућивања буде што јасније и прецизније регулисана, како судије које су зарад своје угодности пасивне не би могле да се позивају на опасност

гледано, његова идеја није била да се укине слобода странака, већ да се сведе на разумну и подношљиву меру, пре свега из вузуре странака. Другим речима, он се није залагао за увођење истражног начела. У томе би се, по нашем мишљењу, могао видети прави садржај онога што је готово опште место при излагању *Клајнове* концепције – сврсисходно комбиновање расправног и истражног начела.

Надовезујући се на речено, јасно је да се у реконструкцији *Клајновог* схватања треба чувати од евентуалних претеривања у смислу његовог сврставања у екстреме.³⁶ Управо супротно, баш као и *Vax*, он не даје повода за то. Исто тако, а то не треба никако ставити само на маргину, обојица критикују део доктрине општег права и њен резултат, пасивност судије. Другим речима, обојица су против чистог расправног начела. Ипак, далеко да се може говорити о концепцијској усклађености, па се с правом може говорити о два антипода.³⁷ Циљ поступка је различит, као и темељни задаци правосуђа. Због тога и фундаментална несагласност у погледу расправног начела. Међутим, и он и *Vax* инсистирају на активном судији, с тим да су образложења различита, чини се и границе. На крају, треба истаћи и то да *Клајнову* концепцију никако не треба поистовећивати са екстремно колективистичким схватањем поступка, нити се његово социјално схватање може изједначити са „социјалистичким“ или „марксистичким“, на шта се указује у литератури,³⁸ исто важи и за националсоцијалистичко схватање. Управо оно, с обзиром да временски следи убрзо након *Клајнове* смрти, и поред одређених истих полазних премиса, то показује.

III. Националсоцијалистичко схватање

Дискусија о расправном начелу након постепеног јачања свести о нужности судијског упућивања, што је узроковано и аустријским резултатима, закључно са тзв. Емингер новелом, довела је до смањивања интензитета спора.³⁹ Она оживљава тек доласком Националсоцијалистичке немачке радничке партије (НП) на власт и променом уређења државе. Иако је увођење дужности истине било већ део предлога новог Грпп из 1931, доношење Новеле из 1933. г. коинцидира са доласком НП, што нова власт и манифестује у Преамбули Новеле:

Странке и њихови заступници морају да буду свесни да правосуђе не служи само њима, већ уједно, и пре свега, правној сигурности целокупног народа.

У овој чувеној реченици се јасно види промена курса у погледу схватања поступка и његовог циља. Нова тоталитарна идеологија била је у супротности са либералним схватањем правне државе, која иначе након Вајмарског Устава иде ка

од ограничавања страначког располагања при доношењу пресуда на основу дефицита процесног материјала; *Klein JB1 1890, 543 (544)*.

³⁶ Треба напоменути да критичари *Клајна*, за разлику од критичара *Vaxa*, не реконструишу његово схватање помало тенденциозно, већ показују постојање његове (одређене) умерености. Уп. *Jauernig*²⁹, § 1 III; *Brehm*, 32 и след.

³⁷ Уп. *Böhm Ius Commune VII (1978)*, 136 (150).

³⁸ *Oberhammer* in: *Konfliktvermeidung und Konfliktregelung*, 32 (46).

³⁹ Уп. *Damrau*, 375 и след. за период након Емингер новеле.

социјалној правној држави. Центар пажње су јавни интереси и „народно добро“, док су грађанске слободе и права, индивидуализам појединаца на маргини. Због тога је и либерално и индивидуалистичко схватање поступка апсолутно неприхватљиво, што се узима и као саморазумљиво за сада владајућу националсоцијалистичку доктрину.⁴⁰ Напори нове доктрине су усмерени ка одстрањивању либералних остатака у поступку и успостављање новог схватања које ће бити националсоцијалистичко, тј. које ће бити у складу са идеологијом Трећег рајха.⁴¹

Полазне премисе националсоцијалистичког схватања поступка су добро познате, јер представљају основну критику либералне доктрине и заједничке су свим правцима. То је индивидуалистичко сагледавање поступка и појединачна правна заштита као његов циљ. Речи *de Bora (de Boor)* најбоље одсликавају однос према тада идеолошкој заблуди званој либерално схватање.

Да је либерална ера била у потпуности другог погледа је снажан доказ за то, колико је у историји идеологија снажније деловала него разумско одмеравање интереса. То је управо било једно веровање: веровање у слободу индивидуе која треба да се обезбеди кроз везаност и контролу државе, веровање у закон који је (...) био сам способан да предупреди све опасности: веровање у оно што се некада звало правна држава. Резултат је био нГрпп.⁴²

На тим премисама поступак треба да се сагледава не из угла појединца, већ из угла народне заједнице.⁴³ Он је у њеној служби као правосуђе у смислу заштите правног поретка; то је установа правне заштите, али не примарно за појединца, већ само секундарно, и то „све док је ова правна заштита потребна народној заједници“.⁴⁴ Циљ поступка је – сасвим логично – сасвим другачији од либералног схватања: заштита колективног поретка, заштита народне заједнице, заштита ауторитативне државе.

С обзиром да је камен темељац либералног схватања поступка расправно начело, оно је природно на удару националсоцијалистичке доктрине. У концепцијском смислу оно је противно схватању поступка и националсоцијалистичком правосуђу.⁴⁵ Једноставно, слобода која се крије иза расправног начела принципијелно је неприхватљива, јер може да штети добру народа, или боље – због идентификације државе и народног добра – може да штети држави: „Ауторитативна држава не признаје нигде један колективнослободни простор, па зато и у парничном поступку не сме да преживи простор за приватну самовољу“.⁴⁶ Као логична последица јесте и наглашавање истине и потребе да пресуда буде заснована на њој. Тако и *Бернхарт (Bernhardt)* наглашава да

⁴⁰ *de Boor*, Die Funktion des Zivilprozesses in der völkischen Rechtsordnung, *ZakDR* 1938, 834 (835): „да у Трећем рајху не можемо да тражимо један либерални парнични поступак – саморазумљиво је“; цит. према *Schönfeld*, 67 Fn. 32.

⁴¹ Репрезентативно *de Boor*, *Auflockerung des Zivilprozesses*, 29.

⁴² *de Boor*, *Auflockerung des Zivilprozesses*, 33.

⁴³ *de Boor*, *Auflockerung des Zivilprozesses*, 30.

⁴⁴ *de Boor*, *Auflockerung des Zivilprozesses*, 35.

⁴⁵ Уп. *Schönfeld*, 67 Fn 33 са даљим упићивањима.

⁴⁶ *Bernhardt*, *Der Verhandlungsgrundsatz*, *Deutsches Gemein- und Wirtschaftsrecht [DGWR]* 1 (1935/36), 422 (423), цит. према *Leipold JZ* 1982, 441 (445).

истраживање истине мора да буде врховно начело поступка.⁴⁷ Сходно томе, класичном схватању расправног начела, па и уз активну улогу суда и његову дужност упућивања, тешко да има места парничном поступку Трећег рајха. Схватања се међутим разликују у погледу конкретног решења, па и *de lege ferenda*: од потпуног укидања до задржавања као примарног метода прикупљања грађе, али са могућношћу да суд не уважи признање тврдњи или да сам истражи неке чињенице.⁴⁸ Ово последње је и већинско схватање, које у расправном начелу види пригодно средство за расветљавање стања ствари, односно за сазнавање истине, и у том смислу постоји тзв. техничко оправдање начела. Но, с обзиром да постоји иманентна опасност да се правила расправног начела злоупотребе, судија мора да има овлашћење да испитује радње странака спрам „циља правосуђа“.⁴⁹ *Де Бор*, као један од тадашњих највећих ауторитета, не види решење у прописивању генералне клаузуле одступања од правила расправног начела, већ суштински у укидању расправног начела и фактички уређивању парничног поступка на бази ванпарничног.⁵⁰ У сваком случају идеја о измењеној улози суда је константа овог схватања – судија је сада „националсоцијалистички судија“.⁵¹ Позадина целокупне идеје је јасна: судија мора да има јаку позицију, јер је он орган ауторитативне државе која обезбеђује народно добро, а тек кроз њега, евентуално, појединачно добро. Ограничавање судије у погледу истраживања чињеница кроз неоспоравање или признање тврдњи је недостојно једног независног судије краља који би требао да се створи кроз националсоцијализам.⁵² Још сликовитије од тезе о судији краљу је дијагноза да је у парничном поступку по расправном начелу судија у „лудачкој кошуљи“.⁵³ Управо зато што се ради о – сходно *де Бору* – одмеравању интереса, судија мора да има овлашћења да истражно делује када види да је угрожен поредак. Као последица таквог размишљања, и само начело диспозиције се у одређеним сегментима преиспитује.⁵⁴ Колико је заштита интереса народне заједнице као одлучни аргумент против расправног начела и уређења нГрпп била дубоко идеолошки офарбана националсоцијализмом, најбоље показује пример који даје даје *Маурах (Maurach)*.

Јеврејски гинеколог 1934. г. тужбом од туженог тражи исплату хонорара за гинеколошке услуге које је он по налогу туженог пружио једној ванбрачно

⁴⁷ *Bernhardt*, Die Parteiherrschaft im Zivilprozeß, DGWR 1 (1935/36), 70 (72), цит. према *Damrau*, 413.

⁴⁸ Уп. *de Boor*, Auflockerung des Zivilprozesses, 45: расправно начело и начело диспозиције је потребно олабавити.

⁴⁹ *de Boor*, Auflockerung des Zivilprozesses, 66, који ипак напомиње да је читав спор око расправног начела везан за изузетне случајеве, јер у највећем броју случајева већ из иницијативе странака се долази до потпуног расветљавања стања ствари; у том смислу би и случајеви где судија треба да прекрши правила начела били изузеци.

⁵⁰ *de Boor*, Auflockerung des Zivilprozesses, 66. Ову идеју јасно формулише *Baumbach*, Zivilprozeß und freiwillige Gerichtsbarkeit, ZakDR 1936, 583, цит. према *Leipold JZ* 1982, 441 (446).

⁵¹ *de Boor*, Auflockerung des Zivilprozesses, 45.

⁵² *Bernhardt*, Die Parteiherrschaft im Zivilprozeß, DGWR 1 (1935/36), 70 (72), цит. према *Leipold JZ* 1982, 441 (446).

⁵³ Уп. *Schönfeld*, 68 са даљим упућивањима.

⁵⁴ Тако и у погледу располагања предметом спора би било неопходно испитивање спрам циља правосуђа; *de Boor*, Auflockerung des Zivilprozesses, 66 и след.; уп. и *Leipold JZ* 1982, 441 (445).

затруднелој жени. Тужени тражи одбијање тужбе, али не наводи ништа, након чега тужилац повлачи тужбу. 1935. г. тужилац, који се у међувремену иселио из Немачке, подиже исту тужбу. Тужени опет ништа не оспорава, али изјављује компензациони приговор, који ипак не пролази. *Маурах* закључује: нарочито стриктни немачки парнични поступак са својим намерним недостацима вредносних појмова способним за тумачење прави нарочито тежак пробем за ново неопходно тумачење [...] Према конкретном случају, начело расправне максиме у досадашњем тумачењу никако не обезбеђује приближавање страначким односима које странке желе да прикрију пред судом. Решење је у тумачењу: све док постоји само и сумња асоцијалног остваривања права, тумачење има да доведе до тога да се одрекне приврженост поштовању страначке владавине.⁵⁵

Ипак, у ово време и код појединих представника ове доктрине, која је тада заправо и једина, постоји супротно мишљење у правцу одбране расправног начела. У основи они покушавају да покажу да је расправно начело сасвим у складу са националсоцијализмом. Тако *Лент* (*Lent*) истиче да расправно начело подразумева одговорност странака и тако оно делује васпитно на њих, што је опет пожељно за националсоцијализам.⁵⁶ Штавише истиче да нема никаквог смисла прописивати истрагу суда онда када странка из немара не одговори позиву суда да употпуни своје тврдње. Јер, то би било противно успостављеном принципу да је један од задатака обликовања поступка и васпитавање странака у погледу одговорног вођења спора, а тај принцип је „исто важан као и тежња ка исправној одлуци“.⁵⁷ С друге стране, брани максимуму и историјским аргументима: она је у корену немачка, с обзиром да потиче из средњовековног италијанског права које је преточено у општи поступак; само је пренаглашавање расправно начела израз либерализма.⁵⁸ *Фолкмар* (*Volkmar*) са своје стране указује да ни замењивање приватне иницијативе кроз државно туторство није никако у складу са смислом националсоцијализма.⁵⁹ Ипак, *Бернхарт* и у критици *Лента* и *Киша* (*Kisch*) истиче основну мисао националсоцијалистичког схватања, а то је да утврђивање истине има апсолутни примат, јер ауторитативна држава не може да трпи да се судија лаже и да се одлука доноси на основу једног нетачног чињеничног стања.⁶⁰

Управо спрам аргументације *Бернхарта* као резиме реконструкције националсоцијалистичког схватања треба назначити паралеле које постоје са схватањем *Клајна*. Своје почетне аргументе *Бернхарт* базира на већ добро у то време фундираним премисама *Клајна*: поступак као масовна појава, заштита објективног поретка као примарни циљ, а тек као рефлексно дејство и индивидуална

⁵⁵ *Maurach*, Die Feststellung der unehelichen Vaterschaft im Klagewege nach dem Tod des Erzeugen des unehelichen Kindes, DGWR 1 (1935/36) 122 (122 и след.), цит. према *Damrau*, 414.

⁵⁶ *Lent* ZZP 63 (1943), 1 (47).

⁵⁷ *Lent* ZZP 63 (1943), 1 (55); још енергичније: дужност истраживања по сл. дужности и након неуспешног питања би и била управо „премија за немар“; *Lent*, 84.

⁵⁸ *Lent*, 76 и след.

⁵⁹ *Volkmar*, Abschied von der Verhandlungsmaxime, ZakDR 1944, 136 (138), цит. према *Leipold* JZ 1982, 441 (446).

⁶⁰ *Bernhardt*, Die Wahrheitspflicht im Zivilprozeß, DJZ 1936, 1404 (1405 и след.), цит. према *Damrau*, 416.

правна заштита, поступак као јавноправна институција која није више индивидуална ствар појединаца.⁶¹ На крају, и расправно начело се сагледава из угла непожељности неисправне пресуде. Колико год међутим биле исте полазне премисе, разлике између *Клајна* и *Бернхарта* су фундаменталне. За првог је смисао својеврсне (ублажене) колективизације парничног поступка социјални циљ, па је и поступак установа јавног добра; за другог је поступак установа обезбеђивања ауторитативне државе. Ипак, овде је већ важно истаћи, разлике између њихових схватања постоје само у овом периоду, с обзиром да *Бернхарт* након Другог светског рата напушта – сасвим логично – овај идеолошки курс, и више се приближава изворној *Клајновој* концепцији.

Сви покушају националсоцијалистичке доктрине да укину расправно начело, или да га барем пресудно „олабаве“, нису уродили плодом. Разлог за то је просто веома кратко време мира у периоду владавине.⁶² Изгледа да је Други светски рат, колико год то апсурдно звучало, била срећна околност за расправно начело у Немачкој и очување парничног поступка у којем ће се обезбедити слобода странака. Но, важно је истаћи да се из перспективе послератне литературе, заслуге за „одбрану расправног начела“ приписују и *Ленту*, с обзиром на његову доста исцрпну критику тадашњег општег места националсоцијалистичке доктрине.⁶³

IV. Критика либералног схватања расправног начела након Другог светског рата

Након Другог светског рата опште узев долази до оживљавања либералних мисли и идеја, што подразумева и признавање расправног начела као важећег. Ипак, критике постоје, и почев од *Бернартове* непосредно након окончања рата (1949) оне се умножавају. Може се рећи да је заједничка нит за критичаре полазна основа напада – то је класично либерално схватање, али на начин како је и речено напред, већ као поистовећивање са екстремном либералном варијантом. *Вах* се узима као репер таквог схватања, али се уопште не спомиње његов прави однос према улози суда. Уз неприхватљивост догматичког оправдања расправног начела, обарају се и правнополитички аргументи који се односе на тезу о приватном интересу и незаинтересованости државе за исход поступка. У том смислу је полазна основа за све већ добро фундирана *Клајнова* мисао о поступку као масовној појави, о спору који је од тренутка када је доспео пред суд постао јавна ствар. Ипак, критичари расправног начела су више дифузна целина, и управо спрам нивоа надградње *Клајнових* теза се могу разврстати у две групе. Прва би била она која је најприближнија основним тезама класичне социјалне струје, док је друга формирање сасвим новог концепта поступка. Управо због истих основних премиса постоји велика блискост концепата, али и пресудна разлика. Тзв. нова социјална струја заокружено обликује ново схватање поступка које – чини нам се – прелази

⁶¹ На то указује и *Damrau*, 413.

⁶² *Leipold* JZ 1982, 441 (446).

⁶³ Тако *Stürner*, Richterliche Aufklärung, Rn. 2.

оквиру које је *Клајн* поставио, без обзира што се и сама позива на њега и што отворено показује приврженост његовим идејама.

С друге стране, а то и најбитније, као да се поистовећује тадашња доминантна доктрина и екстремно либерално схватање. Наиме, чак и оправдање *само* правила расправног начела у смислу вредновања приватне аутономије је довољан разлог да се оно поистовети са тезом о процесном рату, и да сходно томе расправно начело као концепт буде неприхватљиво. У томе леже кључне грешке и превиди критичара расправног начела. Јер се у потпуности оставља по страни не само прихватљивост, већ и пожељност концепта саодговорности суда у неолибералној доктрини.

1. Вредносни примат истине у односу на слободу странака (*Бернхарт, Вејерс* и др.)

Вечита тема у погледу релације расправно начело-истина за ову групу критичара је основни проблем, и у резултату дају превагу „истини“ у односу на расправно начело. Наиме, како важење расправног начела може у већој или мањој мери да доведе до пресуде која се не заснива на „истини“, оно је неприхватљиво уколико се схвата као право располагања чињеницама. Чињенично стање које одговара истини је битан циљ поступка, ближе међуциљ. Означавање оваквог схватања као тезе о вредносном примату истине у односу на слободу странака је спрам његове методологије. Јуриспруденција вредновања је након Другог светског рата засигурно владајућа, што се управо види и код заступника овог схватања. Вредност истине, односно вредност пресуђења које ће одговорати правом материјалноправном стању је примарна вредност, на основу које се и гради схватање о садржини, смислу и границама расправног начела. Пре свих у заступнике овог схватања спадају *Бернхарт* и *Вејерс*, које касније прати и део литературе.

Бернхартово критичко схватање расправног начела долази до изражаја већ мало након окончања Другог светског рата у Споменици *Розенбергу*.⁶⁴ У основи он полази од истих премиса као и у ранијим радовима, с тим да сада напушта националсоцијалистичко схватање. Тако се он враћа готово у потпуности *Клајновим* идејама, али што је веома занимљиво, уопште га не спомиње. Но, да се ради о *Клајновим* идејама је очито, с обзиром да у принципијелној критици либералног схватања полази од тезе о да је парница масовна појава од велике социјалне и економске важности и да се стога тако и мора посматрати, а не изоловано као што то чини либерална струја.⁶⁵ Због тога је природно и другачији однос према утврђивању стања ствари – нетачна пресуда ствара ланац негативних последица, јер су правни односи вишеструко условљени: као део, члан народне економије сваки

⁶⁴ *Bernhardt* in: FG Rosenberg, 9 и след.

⁶⁵ *Bernhardt* in: FG Rosenberg, 9 (12). Тек у свом другом раду 1963. г. у којем изнова критикује нову доктрину и праксу *НСС* напомиње да је то идеја *Клајна* и његов утицај; уп. *Bernhardt* JZ 1963, 245(246).

појединачни поступак добија општи значај. Нетачна пресуда покреће кружни ток привредног организма и руши га, што лако може довести до кризе; јасан пример су ланчани стечајеви (*Kettenkonkurse*). Такође, не ствара „неистинита“ пресуда само негативне последице за странку, већ је то уједно и штета за државу којој је правна заштита поверена – дакле постоји непосредни јавни интерес за исправну одлуку, тј. да се онима који захтевају правну заштиту пружи правна позиција која им припада.⁶⁶ Стога је за *Бернхарта* (материјална) истина основна вредност парничног поступка, што он показује и на решавању кризних ситуација.

На основу такве полазне основе *Бернхарт* критикује традиционално схваћено расправно начело у виду могућности располагања чињеничним стањем, али то повезује са фрагментима доктрине краја XIX века, пре свега са *Ваховим* схватањем о „начелу незаинтересованости државе за спорну ствар“. На догматичком плану он обара тезу о располагању чињеницама тезом о негирању концепције парничног правосуђа као преображајне делатности. Уз то, истиче и појмовну немогућност да се располаже чињеницама. Много је значајнија аргументација у погледу непостојања правнополитичког оправдања да странке располажу чињеничним стањем у контексту. Наиме, тако нешто је злоупотреба државне установе правне заштите и ради се о злоупотреби искоришћавања радне снаге суда.⁶⁷

Упориште за своје концепцијско схватање *Бернхарт*, уосталом као и сви критичари либералног схватања, види у увођењу дужности истинитих навода (§ 138 ст. 1 нГрпп). То је показатељ да се од 1933. г. и у самом закону потврђује теза о истини као циљу поступка, односно да и сам закон пресудно напушта своје либералне корене. Дужност истинитих тврдњи је допуна расправног начела у интересу материјалне истине, и не стоји, како се то раније сматрало, са њим у раскораку; она има правнополитички циљ да омогући што већу подударност пресуде и ванпроцесног стања. Ради се о обостраној обавези за обезбеђивање објективног правног стања, и као таква је јавноправног карактера – странке се не могу сагласно ње одрећи, што је важно за сагласно нетачно приказивање стања ствари.⁶⁸ У том случају, дакле када суд и поред признања на основу резултата расправе закључи да је признање неистинито, он мора да пође од свог уверења, што је сасвим у складу са његовом концепцијом. Заправо, за разлику од дубоко увреженог схватања, признање тврдњи је за *Бернхарта* по својој правној природи доказно средство.⁶⁹ Исто је и у случају случајних резултата доказивања: суд их мора узети у обзир.⁷⁰ При свему овоме он понавља своју предратну мисао, сада очишћену од иделошких додатака: право располагања странака не даје право да се судија лаже; дужност истинитих навода треба да штити не само противника, већ и суд, па судија не сме да дође у стање непомирљиво са правозаштитним циљем поступка, а то би било да мора да заснује пресуду на основу фалсификованог стања ствари кроз

⁶⁶ *Bernhardt* in: FG Rosenberg, 9 (12 и след).

⁶⁷ *Bernhardt* in: FG Rosenberg, 9 (30/31).

⁶⁸ *Bernhardt* in: FG Rosenberg, 9 (24 и след.); уп. *ders.* JZ 1963, 245 (247).

⁶⁹ *Bernhardt* in: FG Rosenberg, 9 (33).

⁷⁰ *Bernhardt* in: FG Rosenberg, 9 (34/35).

лажи.⁷¹ То није случај ни онда када странка „лаже“ на своју штету, јер и тада важи врховни параметар – дужност истинитих навода.⁷²

У резултату *Бернхартово* виђење расправног начела у нГрпп је његово постојање само у техничком смислу, и то је његово једино оправдање. Пошто је циљ поступка истина, расправно начело због супротности интереса странака је у великом броју случајева погодна средство да се најкраћим путем утврди истинито стање ствари. Што се тиче признања тврдњи као главног проблема противуречности расправног начела и захтева за утврђивањем истине, нуди искуствено образложење: ретко ће се десити да странка призна нешто што је неповољно за њу а није тачно. Управо зато што су правила расправног начела искуствено најцелисходнија за постизање циља, истраживање стања ствари по сл. дужности је недопуштено. Али, баш због тога, оптирање за расправно и истражно начело је питање искључиво целисходности;⁷³ одговор на њега се може дати без догматике и појмовних ограда.⁷⁴

Бернхартово схватање није ново ни у односу на предратну доктрину, и то мимо националсоцијалистичке, и у том смислу не нуди нове аргументе. Оно је међутим важно, јер се ради о антилибералном схватању које је прво на тај начин заокружено након Другог светског рата. С обзиром да своја темељна размишљања даје и пре формирања нове државе (СР Немачке) и доношења Основног закона, његово понављање 1963. г., где повезује методолошку аргументацију и са идејом правне државе, показатељ је да постоји правац који у новом амбијенту обара либерално схватање управо спрам вредновања – истина као таква је већа вредност од слободе и одговорности странака. На *Бернхарта* се касније наслањају и други који заступају антилиберално схватање поступка и његовог циља,⁷⁵ па се он понегде сматра и зачетником новог правца.⁷⁶

Нов импулс борби против либералног схватања расправног начела даје *Вејерс* у Споменици *Есеру* (*Esser*). У својој критици он начелно, али и у конкретним резултатима, прати *Бернхарта*, али он не полази толико од устаљене аргументације. Наиме, нарочиту пажњу поклања критици класичног схватања у методолошком аспекту, где он акцентује – за њега – погрешне идеолошке премисе. Расправно начело као такво нигде није изричито прописано, већ је само прописано истражно начело за брачне спорове. Већ тада успостављено учење о методологији захтева да формирање и овладавање једног начела из појединачних норми, *a contrario* закључака и сл. добија своју прецизност тек подупирањем кроз премисе, најчешће вредносне природе, а које су ван текста који се тумачи и примењује. Правила која се на такав начин изграђују могу се, према томе, легитимисати само када су такве премисе именоване и расправљене, што није случај са (владајућом) доктрином и судском праксом.⁷⁷ Он овде очито мисли на премису приватне аутономије, с

⁷¹ *Bernhardt* in: FG Rosenberg, 9 (30); уп. *ders.* JZ 1963, 245 (247).

⁷² *Bernhardt* JZ 1963, 245 (247).

⁷³ Тако већ и *Rosenberg*, Lehrbuch², § 62 I.

⁷⁴ *Bernhardt* in: FG Rosenberg, 9 (13 и след.).

⁷⁵ Тако нарочито *J. P. Schmidt*, 148 и след.

⁷⁶ У резултату тако и *Wagner*, Prozeßverträge, 623; из аустријског угла *Rechberger* NZ 1991, 69 (73).

⁷⁷ *Weyers* in: Dogmatik und Methode, 193 (197).

обзиром да касније означава такво оправдање као *petitio principii*, јер сматра да се полази од већ датог садржаја приватне аутономије у смислу располагања чињеницама. То међутим за *Вејерса*, као ни за *Бернхарта*, појмовно није могуће: то је привилегија фалсификовања историје, и то све док се она не открије. Полазна тачка за обарање тезе о располагању чињеницама као садржају приватне аутономије је околност да се правне норме доносе, јер законодавац жели да регулише одређене фактичке појаве социјалног живота, не и фиктивне моделе. Због тога и судови требају да примењују норме онда када заиста постоји стање ствари које испуњава услове диспозиција правних норми. То не би требало довести у питање ни у случају парничног поступка када странке сагласно желе пресуду на чињеничној подлози која је нестварна. Исто као *Бернхарт*, истиче аргумент непостојања повода за такво нешто, с обзиром да наведени метод изискује разноврсне социјалне утрошке.⁷⁸ Но, не само да странке немају повода за тако нешто, већ и манипулација чињеничног стања не може бити уређена, као што је то случај са правним пословима; штавише, закључује да на тај начин странке увек желе нелегитимне циљеве. Због тога је и идеја о расправном начелу као средству располагања формални догматички постулат који не треба прихватити.⁷⁹

Очито је и за *Вејерса* пресудна вредност истинито утврђење стања ствари, па је истраживање правог догађаја (међу)циљ парничног поступка. На основу тога он и решава кризне тачке расправног начела, на исти начин као и *Бернхарт*, указујући и на одређене недоследности и противуречности владајућег учења, о чему ће бити речи на одговарајућим местима.

У овом раду на више места споменути *Бомсдорф* је такође припадник овог правца. У његовој дисертацији коју је посветио показивању развоја расправног начела као развоја на грешкама (*Fehlentwicklung*), у складу са својим резултатима негира постојање расправног начела као максиме немачког парничног поступка.⁸⁰ Укратко, на врло детаљан начин он показује да је прагрешка у методичком следу размишљања *Генера*, што је последица његове припадности школи природног права.⁸¹ Производ *Генера* су преузели касније други који су га даље развили на идеолошким премисама и довели га до догме, која заправо постоји само у схватању учених процесуалиста, а не у закону.⁸² У сваком случају *Бомсдорф* види једно оправдање правила расправног начела у целисходности, и пледира ка увођењу инквизиторних овлашћења суда, очигледно по узору на пруски ОСП.⁸³

⁷⁸ *Weyers* in: *Dogmatik und Methode*, 193 (202).

⁷⁹ *Weyers* in: *Dogmatik und Methode*, 193 (203).

⁸⁰ *Bomsdorf*, 282: „[p]расправна максима није врховно начело нашег процесног права. Она уопште није начело [н]Грпп“.

⁸¹ И сам методички след *Бомсдорфове* критике није нов, што он и не крије, с обзиром да већ *Р. Шмит* и *вон Хупел* пре њега указују на грешке *Генера* и каснију идеологизацију расправног начела; уп. *Brehm*, 19 и след.

⁸² *Bomsdorf*, 281. Ову прилично оштру констатацију су неки дочекали са м одушевљењем; тако *Е. Schmidt DuR* 1984, 24 (36). Други су напомињали да се она може и оставити по страни; тако *Weyers* in: *Dogmatik und Methode*, 193 (197).

⁸³ *Bomsdorf*, 283.

2. Схватање о социјалном поступку – нова социјална струја

Нов талас у немачкој процесној доктрини представља заокруживање идеја спрам пресудног утицаја правне социологије и идеје социјалне државе. Ствара се ново схватање поступка – социјално схватање поступка (*soziale Prozessauffassung*). Најзначајнији представник је *Васерман*, иначе судија. Више него други критичари расправног начела, у овом схватању се у потпуности преузимају основне социјалне идеје *Менгера* и *Клајна* и оне се уграђују и разрађују у амбијенту социјалне правне државе каква је Немачка сходно Основном закону.

Полазишна основа *Васермановог* схватања је учење које негира чисто технички карактер процесног права, што је у то време већ постало „опште добро“ процесне науке и није резервисано само за критичаре либералног схватања. Процесно право је, баш као и материјално, условљено у исходишту политичким представама. Наиме, грађанско право није аполитично право или резултат традиције, већ напротив резултат одређених политичких и социјалних процеса. Управо због тога ни норме процесног права нису својеволјно израђене, већ опет на основу разлога који се вежу за социјална и духовна стремљења једног времена.⁸⁴ Констатујући да је нада позитивиста (нпр. *Келзена*) да побегну од идеологизације права је илузија,⁸⁵ јасно изражава своје схватање:

[п]арнични поступак није никако некакав ред пословања, већ заправо се процесна схватања која обликују поступак огледају ниучем другом до у погледима на свет и живот, друштво и државу, дакле у одређеним идеологијама и политичким филозофијама.⁸⁶

На таквој премиси, која као што је речено није спорна, долази до даљег закључка који је већ новина и одскаче од увреженог схватања. Наиме, последица наведених премиса је теза о „политичком судији“ (*politischer Richter*), која у потпуности спроводи идеју о политички и идеолошки схваћеном праву. Ова теза за њега није тзв. кадијско правосуђе (*Kadijustiz*) као концепт самовоље суда, већ управо обрнуто: када суд има на располагању алтернативе које се крећу у законским оквирима, онда је бирање између решења политичка одлука. Наглашавање „политике“ треба да подсети правосуђе на то да судија нема мању одговорност од законодавца; када треба да донесе одлуку на основу своје процене, судија се не може сакрити иза закона, већ мора за њу бити и садржински одговоран.⁸⁷ На основу реченог поставља за њега кључни проблем, јер констатује да је судији тешко да сноси наведену одговорност када има посла са законом старим сто година који је више пута битно мењан, па је и његов изворни смисао промењен. При плуралитету погледа на свет, међутим, како судија треба да поступа? Одговор на то кључно питање је за *Васермана* његово виђење социјалне државе и улоге судије у поступку

⁸⁴ *Wassermann, Sozialer Zivilprozeß*, 13 и след.

⁸⁵ *Wassermann, Sozialer Zivilprozeß*, 16.

⁸⁶ *Wassermann, Sozialer Zivilprozeß*, 17.

⁸⁷ *Wassermann, Sozialer Zivilprozeß*, 20 и след., нарочито 21/22.

спрам тога, где питање материјалног управљања парницом као јасан пример могућности суда да бира између алтернатива представља и централно место.⁸⁸

Сећање на либералну еру и време доношења нГрпп, као и модел либералног парничног поступка и код *Васермана* је исти као и мање-више код свих. У основи он се у потпуности ослања на *Менгера* и *Клајна* и њихове „дијагнозе“ либералног схватања поступка, тј. преузима њихове темељне социјалне позиције. У сваком случају, моделу либералног поступка је расправно начело које се развило од *Генера* идеологизацијом било иманентно – оно се под утицајем либералних стремљења искристализовало као палатион истинског грађанског правосуђа.⁸⁹ Преузимајући *Бомсдорфове* закључке о струји у доктрини коју овај назива „исправно схваћеним расправним начелом“, ипак наглашава да је активност судије и дужност питања схватана у њој као „изузетак“ који не доводи у питање „исправно схваћено начело“.⁹⁰ Колико је то тенденциозан закључак, показује реконструкција (без предрасуда) *Ваховог* схватања, иначе заступника тезе о „исправно схваћеном расправном начелу“, с обзиром да дужност питања није никако изузетак.

При таквом претходном схватању поступка, које за *Васермана* није чиста теоретска конструкција, већ је сам законодавац током времена показао да је напустио либерални пут и отишао у том смеру, за расправно начело као појам и важећу максиму више нема места. Пре свега, и само позитивно право показује толико одступања од класичног расправног начела, да је оно „шупље попут ементалера“.⁹¹ С друге стране, значај расправног и истражног начела је постојао само у прошлости, а сада при измењеном схватању поступка ови појмови нису у стању да осветле карактеристике модерног поступка, већ супротно – доводе их до замагљивања. Наиме, очигледне карактеристике о којима говори су поступак као рационални дискурс, као место на којем судија компензује социјалне неједнакости тако што активно ради на осветљавању стања ствари постављајући питања невезано од расподеле терета тврдњи и доказивања. У супротном, примена класичне методе расправног начела даје странци камен уместо хлеба; оно није у складу са схватањем и улогом парничног поступка.⁹² Због тога је потребан растанак од (класичног) мишљења максимама (*Abschied von Maximendenken*): у центру једног социјалног, отвореног поступка није страначка тврдња, већ разговор судије са странкама у чињеничним и правним аспектима.⁹³ Како је за *Васермана* § 139 нГрпп овладао модерним поступком, тако је и сасвим превладано питање да ли он представља противуречност са принципом или не.⁹⁴ Због тога он предлаже нову

⁸⁸ *Wassermann, Sozialer Zivilprozeß*, 21 и след.

⁸⁹ *Wassermann, Sozialer Zivilprozeß*, 32 и след., нарочито 36. Наведена идеја о расправној максими као палатиону грађанског правосуђа међутим потиче још од *Цинка*, на шта указује већ *Бомсдорф*; уп. *Zink, Ueber die Ermittlung des Sachverhalts I*, 354; *Bomsdorf*, 192 Fn. 55.

⁹⁰ *Wassermann, Sozialer Zivilprozeß*, 36.

⁹¹ *Wassermann, Sozialer Zivilprozeß*, 97.

⁹² *Wassermann, Sozialer Zivilprozeß*, 104.

⁹³ *Wassermann, Sozialer Zivilprozeß*, 108.

⁹⁴ *Wassermann, Sozialer Zivilprozeß*, 108: то више није ни академско питање.

максиму – максимуму кооперације (*Kooperationsmaxime*).⁹⁵ Она, баш као и концепт „радне заједнице“, представља мост између досадашњих супротстављених схватања, а уједно, баш као и свака максима, изражава и поставља оријентационе тачке.⁹⁶ Ипак, у својој максими кооперације он не види негирање парнице као спора, прихватајући тиме критику *Јауерниха*. Но, оно што је битно јесте да је и схватање спора као борбе сасвим другачије од ере либерализма и оптимистичног прогнозирања да ће слободна игра снага да се побрине за све.

Да максима кооперације није само замена за расправно начело у којем је суд активан, показује и повлачење граница дужности упућивања, као и решавање „класичних“ кризних тачака расправног начела. У том смислу, дужност упућивања је свеобухватна, и никако не искључује, већ захтева и упућивање странака да врше (материјална) преображајна права и да улажу приговоре, пре свега приговор застарелости.⁹⁷ С друге стране, дужност истинитих тврдњи увек има предност, па зато суд сме и мора да узме у обзир случајне резултате доказивања,⁹⁸ односно сме и мора да не прихвати признање тврдњи које је неистинито.⁹⁹

Нимало мање значајан представник новог социјалног схватања је *Ролф Бендер* (*Rolf Bender*), иначе отац *штутгартског* модела који је добрим делом прерастао у Новелу из 1976. г. Код *Бендера* је исто тако централно питање заштита социјално слабијих, па с обзиром да расправно начело претпоставља две једнаке странке, на његово место ступа са одређеним изузецима „максима расветљавања“ (*Aufklärungsmaxime*).¹⁰⁰ Након *Лајполодвог* критичког текста, *Бендер* у одговору прецизира своју позицију у погледу тезе о „заштити слабијих“.¹⁰¹ Као искусни судија, напомиње неопходност прецизног одређивања шта значи грађанска слобода у контексту прибављања процесног материјала. Јер, како наводи, дефицити у тврдњама могу имати три разлога: прво, да странка не жели да лаже, тј. да се држи дужности истинитих навода; други, странка не износи чињеницу јер погрешно сматра да она није битна; и треће, да странка зна да је дефицитарна тврдња битна, али да – небитно из ког разлога – не жели да је изнесе. Само у овом последњем случају странка користи своју слободу (не)изношења, а како даље наводи, за његових више од тридесет година судијског рада није имао више од пет таквих случајева, док је у преко 10.000 других странака изнела дефицитарну тврдњу након упућивања. Дакле, искусно, странка код дефицита тврдњи ни не зна да он постоји, па зато она и нема стварно право избора као садржај слободе. Тек испуњавање дужности упућивања отвара пут истинској слободи, јер

⁹⁵ Као што је већ на почетку рада речено, термин потиче од *Бетермана*; в. горе § 5 III 2 Б б).

⁹⁶ Уп. *Wassermann, Sozialer Zivilprozeß*, 109.

⁹⁷ *Wassermann, Sozialer Zivilprozeß*, 118.

⁹⁸ *Wassermann, Sozialer Zivilprozeß*, 107.

⁹⁹ У том смислу *Wassermann, Sozialer Zivilprozeß*, 105.

¹⁰⁰ *Bender/Schumacher, Erfolgsbarrieren vor Gericht, Eine empirische Untersuchung zur Chanzengleichheit im Zivilprozeß* (1980), 118, цит. према *Leipold JZ* 1982, 441 (447).

¹⁰¹ *Bender JZ* 1982, 709 и след.

[к]о се позива на чисто формалну слободу изношења, [по систему] „што није изнето не тиче ме се“, [тај] тиме не служи слободним грађанима.¹⁰²

Заштита слабијих за *Бендера* не значи заштита социјално слабијих, већ оних који су у конкретној парници слабији. То што су то у највећем броју случајева заиста и социјално слабији, за овај проблем има само статистички значај.¹⁰³ Пример да је то тако, јесте за њега и одавно изграђена теза доктрине и праксе о нужности заштите тужиоца пацијента у парницама због лекарске грешке; и када је тужилац заступан путем адвоката, признаје се потреба компензаторног вођења парнице од стране судије.¹⁰⁴

3. Екскурс: схватање у ДДР

У делу рада који се односи на немачко право принципијелно не би било места за схватање које је постојало у ДДР. Међутим, један екскурс је потребан из више разлога. Прво, да још једном покаже и потврди колико политички и духовни погледи на свет – идеологија – утичу на схватање једног законског текста. Наиме, нГрпп важи у ДДР све до доношења сопственог закона који регулише парнични поступак (1975).¹⁰⁵ Друго, за разумевање реакције неолибералне струје је ипак важно и какво је стање било у суседној немачкој држави. На крају, и за схватање и оцену бившег југословенског модела парничног поступка, али и данашњег стања, нарочито је потребно да се представи једно типично социјалистичко схватање поступка у којем се негира расправно начело.

Ноторно је да је ДДР био социјалистичка држава под јаким утицајем совјетског модела социјализма. Нова идеологија је донела са собом и нову правну науку дубоко засновану на марксистичким и социјалистичким идејама. Право није ништа друго до класна творевина у служби владајуће радничке класе. У центру пажње је изградња и развој социјализма и социјалистичке законитости, што је једино могуће уколико се оно схвата на правим, материјалистичким и социјалистичким основама; у супротном постоји опасност од отварања врата буржоаској идеологији.¹⁰⁶ Заправо, читав концепт социјализма је заснован на критици „буржоаске“ државе и права, што нарочито важи за грађанско и грађанско

¹⁰² *Bender* JZ 1982, 709 (710).

¹⁰³ *Bender* JZ 1982, 709 (710/711).

¹⁰⁴ *Bender* JZ 1982, 709 (711), са напоменом и да у социјалном смислу ствари могу да изгледају другачије, па нпр. да је тужилац један генерални директор, а тужени је обичан сеоски лекар. Овде треба напоменути да се „компензаторно вођење парнице“ у овим случајевима манифестује у олакшању доказивања путем *prima facie* доказа (*Anscheinbeweis*) каузалитета и у другачијој расподели терета тврдње и доказивања; уп. *Prütting* in: *MünchKommZPO*³, § 286 Rn. 68 са даљим упућивањима.

¹⁰⁵ У ДДР се основно питање „револуције“ другачије решило него у Југославији. Предратни прописи нису престали да важе, већ су напротив актима нових власти преузети у редакцијама очишћеним од националсоцијалистичких садржаја.

¹⁰⁶ Уп. *Kellner* NJ 1972, 185 (185).

процесно право.¹⁰⁷ Приватноправни поредак је сасвим супротно заснован на идентитету колективних и индивидуалних интереса, што се манифестује у принципу демократског централизма. Нема субјективних права нити приватне аутономије, односно слобода уговарања је одвојена од приватне аутономије и замењена је друштвеним планирањем.¹⁰⁸

У таквом амбијенту измењена је и концепција парничног поступка. Он не служи индивидуалној правној заштити, већ заштити социјалистичког државног и привредног поретка.¹⁰⁹ Срж схватања поступка је идеолошка и она се манифестује кроз његову васпитну улогу с једне стране,¹¹⁰ и кроз његов функционални значај за изградњу и развој социјализма с друге стране.¹¹¹ У изградњи модела социјалистичког поступка пресудну улогу имају начела поступка, тј. у тадашњој терминологији „процесни принципи“ (*Prozessprinzipien*). Кроз њих се види сва разлика у односу на „буржоаски поступак“ и његове принципе. С обзиром на искључиво класни карактер принципа, не постоји континуитет између буржоаских и социјалистичких процесних принципа, па чак и иако су им називи исти.¹¹² Једноставно: мешавина капиталистичке и социјалистичке идеологије није могућа ни на пољу грађанског процесног права.¹¹³ Због тога је напор ове доктрине уперен ка изградњи социјалистичких принципа који ће се фундаментално разликовати од буржоаских, што је због примене нГрпп било од пресудне важности. Расправно начело је, сасвим природно као и за време националсоцијализма, прво на удару; оно је *начело* буржоаског поступка које на најбољи начин показује његов смисао – израбљивање и потлачивање економски слабијих класа.¹¹⁴ Њему очигледно нема места у социјалистичком праву.

Келнер (Kellner) као један од највећих ауторитета процесуалистике од седамдесетих година па до краја ДДР,¹¹⁵ у време док се још нГрпп примењује износи критику (буржоаског) расправног начела је у три смера, спрам „образложења“ саме буржоаске доктрине. Прво, она се заснива на привидној неутралности судија, па се оне представљају као партијски неутрални субјекти. То је – цитирајући *Маркса* – немогуће,¹¹⁶ а супротно је и социјалистичком схватању, јер

¹⁰⁷ Уп. *Kellner* NJ 1972, 185 (186 и след., нарочито 187): буржоаско право је према својој природи контрареволуционарно, а израз ове позиције су идеалистичке теорије најразличитијих тонова, као што су теорије природног права и правног позитивизма.

¹⁰⁸ За такво схватање уп. *Jauernig* JuS 1971, 329 (332 са даљим упућивањима).

¹⁰⁹ Репрезентативно *Винше (Wünsche)*, министар правде ДДР у време припрема доношења Грађанског законика и Грађанског судског поступка ДДР; *Wünsche* NJ 1970, 161 (163); уп. и *Göhring* in: *Kellner*, 32/33.

¹¹⁰ Уп. *Wünsche* NJ 1970, 161 (161): поступак у цивилним, породичним и радним стварима треба да учврсти социјалистичку државну и правну свест грађана; у истом смислу *Kietz* in: *Kellner*, 80.

¹¹¹ Уп. *Kellner* NJ 1972, 185 (185).

¹¹² *Kietz* in: *Kellner*, 78/79; *Kellner* NJ 1972, 185 (185).

¹¹³ *Kietz* in: *Kellner*, 79.

¹¹⁴ Уп. *Kietz* in: *Kellner*, 93, 96; *Wünsche* NJ 1970, 161 (162).

¹¹⁵ *Хорст Келнер (Horst Kellner)* је тадашњи професор Александар Хубмолт Универзитета у Берлину који учествује у раду на доношењу Грађанског законика и Грађанског судског поступка; професуру губи након уједињења 1990.

¹¹⁶ Према *Марксу* није могуће да судија буде партијски неутралан, кад законодавац није такав; такав концепт је непрактична илузија; *Kellner* NJ 1972, 185 (188).

та привидна неутралност буржоаског судије је само начин да се обезбеде интереси буржоазије. Друго, расправно начело се заснива на привидној слободи и привидној вољи странака, што опет представља само оруђе спровођење интереса буржоазије, односно има функцију искоришћавања. Треће, ово начело се изражава у принципу формалне истине, што подразумева да странке могу да одреде чињеничну подлогу пресуде, а судови на расветљавању стања ствари или ништа не раде, или само мало; и то је средство буржоазије за обезбеђивање интереса економски јачих.¹¹⁷ Управо спрам последње критике се и формира начело које замењује расправно: принцип истраживања (утврђивања) објективне истине (*Prinzip der Ermittlung/Feststellung der objektiven Wahrheit*). Он је резултат како речене критике расправне максиме, тако и критике „буржоаске“ филозофске оријентације ка субјективизму и агностицизму у смислу појма истине. За *Келнера*, али и за друге, принцип истраживања објективне истине је саставни део самог бића и суштине социјалистичког права, он је израз класних интереса пролетеријата.¹¹⁸

Принцип истраживања објективне истине у свом садржају је заправо истражно начело, иако се тако не назива.¹¹⁹ Разлог за то се може наћи у томе што се и цео поступак не сагледава као спор, или борба за субјективно право, већ као место где ће се решити спор тако што ће се открити његови прави узроци. Читава идеја парнице је заправо сарадња странака и суда ради постизања циља, а то је истина. У том смислу је и назив истражно начело за такво схватање удаљавање од такве принципијелне концепције.¹²⁰ Међутим, да се ради о истражном начелу и ничем другом, говори схватање садржине овог принципа: суд није везан нити тврдњама нити доказним предлозима странака. Пресудну улогу у трансформацији нГрпп у складу са социјалистичким принципом истраживања објективне истине је имао тадашњи *Врховни суд (Oberstes Gericht)*, који је својој пракси указивао на дужности суда да све уради како би продро у природу појединачних спорова и свеобухватно расветлио све околности битне за решење конфликта.¹²¹ Нарочито је значајно тумачење § 139 нГрпп које превазилази његову језичку редакцију: не само да суд треба да свестрано расправи спор, већ треба све да учини да се дође до материјално исправне одлуке. Тако је кроз неспорно идеолошке премисе § 139 нГрпп преобликован у централно место принципа истраживања објективне истине, које је истовремено схваћено и као претпоставка за „испуњавање зацртаних задатака

¹¹⁷ *Kellner* NJ 1972, 185 (188 и след.); мање-више идентичну критику и након доношења Грпп-ДДР даје *Киц* (*Kietz*), који, међутим, рекло би се „прагрех“ приписује већ самом *Генеру*; уп. *Kietz* in: *Kellner*, 95 и след. Колико је то тенденциозно, или можда чак и паушално, показује *Бемово* истраживање у којем долази до закључка да је *Генер* заправо више „симпатисао“ пруски модел него расправно начело општег права; уп. *Böhm Ius Commune VII* (1978), 136 (147). У сваком случају не треба никако сметнути са ума да су за *Генера* оба начела у „складу са разумом“ и да оба начела теже истом (другоразредном) циљу, што је за њега (формална) истина.

¹¹⁸ *Kellner* NJ 1972, 185 (188); уп. *Kietz* in: *Kellner*, 93 и след.

¹¹⁹ На то указује и *Leipold* JZ 1982, 441 (444).

¹²⁰ У том смислу изричито за пољски поступак тог времена *Wengerek* JZ 1968, 647 (648); уп. и *Zettel*, 60. У прилог реченој констатацији говори и *Кицова* негативна оцена пруског ОСП – у коме је важило истражно начело (!) – као бирократског официјелног поступка у којем су странке сведене на његове објекте; уп. *Kitz* in: *Kellner*, 95.

¹²¹ Уп. *Kellner* NJ 1972, 217 (217 са даљим упућивањима на одлуке).

социјалистичких правосудних органа“.¹²² Све што је на доктринарном плану израђено и примењено у пракси, преточено је у нов закон 1975. Према § 2 ст. 2 Грпп-ДДР судови су дужни да расветле битне чињенице за одлуку и да их истинито утврде, што се схватало тако да суд није везан тврдњама и доказним предлозима и његова је била дужност да учини све да утврди истину.¹²³ С друге стране, није постојала везаност суда признањем тврдњи, већ је могао и да га не прихвати уколико сумња у његову истинитост, када би морао све да учини да отклони сумње.¹²⁴ Даљи израз и последица принципа објективне истине је било непостојање контумационих пресуда које би се заснивале на фикцији признања тврдњи.¹²⁵ На крају, нимало мање важно, и начело диспозиције је претрпело озбиљна ограничења: у закону се не спомиње више признање и одрицање од тужбеног захтева, већ само „сагласност“ (*Einigung*), која би требала да одговара судском поравнању; услов за пуноважност и дејство сагласности, а то је правноснажно окончање спора, јесте да је у складу са начелима социјалистичког права (§ 46 ст. 1 Грпп-ДДР).¹²⁶

Закључно за овај приказ треба истаћи основну карактеристику аргументације ове доктрине при односу према „расправном начелу“. То је обрачунавање са чистом максимом и са образложењем које би одговарало доктрини општег права, као и – што није само овом схватању својствено – узимање из контекста *Вахових* реченица о значају истине у поступку. Код *Келнера*, примера ради, нема спомена већ тада општепризнате „модификације“ расправног начела у виду судијске дужности упућивања. Ипак, код других се то спомиње, али се то сагледава као маргинални помак у односу на основну погрешну идеју расправног начела.¹²⁷ Но, ни тада се не приказује стварно схватање теорије и праксе концепта активног и саодговорног судије. То је и даље буржоаско начело и израз такве идеологије. У том смислу се кроз тендензиоцно извештавање читаоца о развоју у „капиталистичкој Немачкој“ ствара слика да је доминантно екстремно либерално схватање и образложење расправног начела.¹²⁸ У том смислу је ово најбољи показатељ основне карактеристике социјалистичке доктрине у виду основног задатка да се пореди са либералним системима свог времена, али без разумевања правог стања ствари таквих система,¹²⁹ или боље речено без жеље да се разумеју.

¹²² *OG 2 Zz 17/65 NJ 1966, 92.*

¹²³ Уп. *Kellner in: Kellner, 108: § 2 Грпп-ДДР је принудна одредба (Mußbestimmung) која одређује да суд не сме да одступи од ње.*

¹²⁴ *Kellner in: Kellner, 296/297.*

¹²⁵ Уп. *Leipold JZ 1982, 441 (445).*

¹²⁶ О „сагласности“ исцрпно *Kellner/Göldner/Schulz in: Kellner, 252* и след. За још радикалније сужено начело диспозиције у Пољској, где је и нпр. повлачење зависило од процене суда уп. *Wengerek JZ 1968, 647 (650).*

¹²⁷ *Kietz in: Kellner, 96.*

¹²⁸ Уп. *Kietz in: Kellner, 96: „Укупно гледано расправна максима као правноидеолошка основна позиција буржоаског права ипак није напуштена“.*

¹²⁹ На то указује и *Stürner RabelsZ 69 (2005), 201 (222/223).*

4. Сажетак и критички осврт

Два приказана теоретска правца немачке доктрине друге половине XX века несумњиво повезује антилиберално схватање поступка и негирање правнополитичког оправдања расправног начела у смислу слободе и одговорности странака. Његова правила, тј. боље речено искључивање судијске истраге је оправдано целисходношћу. Исто тако, вредност утврђивања идеалног чињеничног стања је већа од евентуалне слободе странака, или сваљивања одговорности на њих, па и преко концепта саодговорности суда. Другим речима, исправно пресуђење има примат. На концепцијском плану, међутим, постоје разлике. Док је за *Бернхарта*, *Вејерса* и друге расправно начело важеће, али само у техничком смислу, за припаднике социјалне струје оно уступа место максими кооперације. Тиме треба да се изрази пресудни и коначни растанак са либералним основама, јер ослонци за њих више не постоје. Правосуђе правне и социјалне државе има сасвим други задатак. То је, пре свега, изједначавање социјалних дефицита, у одређеној мери вођење социјалне политике путем судија. Но, то не значи уједно и екстремно патерналистичку оријентацију, већ, чини се, служи као аргумент за решавање појединачних кризних ситуација (нпр. поучавање о приговорима, случајни резултати доказивања и сл.).

Требало би напоменути и једну доста важну ствар, која постаје очигледна онда када се има у виду схватање *Клајна* с једне стране, и критичара расправног начела који се на њега позивају с друге стране. Видљиво је преузимање фрагмената *Клајновог* схватања које се – чини се – може разумети само ако се оно интегрално сагледа. Као што је напред речено, *Клајново* виђење сакупљања процесног материјала и „борба против расправног начела“ није борба против правила расправног начела, већ је то борба против догме о чистом расправном начелу. Активирање судије, пре свега кроз дужност питања, има своју и економску страну, а то је убрзавање поступка ради омогућавања функционисања привреде. Исто тако, борба против расправног начела, због тадашњег схватања његове садржине, значи и критиковање страначког формалног управљања парницом, што опет има економски смисао. Наравно, материјално управљање парницом треба да обезбеди утврђивање истине, односно исправно пресуђење, али не по сваку цену. Штавише, признање тврдњи је за *Клајна* израз слободе странака. Управо због наведеног се може основано поставити питање колико они који се позивају на *Клајна* ради одбране тезе да је утврђење истине основна вредност поступка која иде испред слободе странака уопште могу да се конклузивно позивају на њега. То и *Брем* можда само на маргини напомиње, али сасвим исправно и довољно: позивање на *Клајна* и задовољавање са тиме, без узимања у обзир његових правнополитичких поставки циља и испитивање у којој је мери уопште нужно ограничење слободе странака је недовољно.¹³⁰ На то се надовезује заправо и оно што је речено у уводу као карактеристика ових правца, а то је да се оно заправо бори против нечега што је ишчезло. Поистовећивање

¹³⁰ *Brehm*, 15.

деветаестовековне екстремне концепције са „модерним“, неолибералним схватањем расправног начела је осуђено на пропаст, јер, како ће се видети, оно то није.

V. Савремена неолиберална струја

Дешавање у ДДР је било у почетку маргинално за реакцију владајуће доктрине, јер се односило на систем који је био у супротности са самим уставним основама СР Немачке. Другим речима, од њега као таквог није претила никаква опасност; оно је било схваћено као директан наследник националсоцијалистичког схватања – који додуше негира своје порекло – и које већ по дефиницији не долази у обзир.¹³¹ Међутим, антилиберални ставови у самој немачкој доктрини (*Бермхарт*, *Вејерс* и др.) који су у резултату негирани важење расправног начела су дали повода да се огласи владајуће схватање, и да оно ради обарања таквих теза почне да приказује и социјалистичко схватање из ДДР. Намера је очигледна: повезивање резултата (негирање расправног начела и прелазак на истражно) служи и дискредитацији критичара расправног начела. Појавом нове заокружене доктрине социјалног поступка таква стратегија још више показује своју сврсисходност. С друге стране, управо ново схватање поступка које доноси са собом и нову улогу судије пресудно утиче да се мобилише владајућа доктрина и да се интензивира одбрана либералног концепта.

У основи се не може порећи да је и неолиберална струја сама идеолошки импрегнирана, што на крају и сам *Лајполд* изричито истиче. Но, за одбрану своје идеје и етикетирање „идеологизације“ је то мање зло од оног које прети; етикета „идеолошког“ схватања, ма колико имала негативне призвуче, у сржи је пожељна. Наиме, за неолибералну струју, ако се она стави у идеолошки контекст, идеологија је слобода и одговорност странака, а зло које прети је негирање слободе, туторисање странака и патернализам. У том смислу и *Јауерних* напомиње да је питање расправног начела питање данашњег схватања државе и њеног односа према појединцима када се ради о укупности њихових приватноправних ствари. Истражно начело стога не одговара таквом схватању државе, не одговара вредностима правне државе. Туторство над странкама је страно таквој држави и оно је везано за апсолутистичке режиме.¹³² Тако гледано, акцентоване везе између истражног начела и тоталитарне државе није само стратегија дискредитације противника. Пре свега то је очување сопственог погледа на државу и друштво, очување мисли о правној држави у којој она није тутор грађанима, већ су они слободни, како се то каже „пунолетни“, и на крају одговорни.¹³³ Негирање расправног начела и уношење чињеница мимо странака у поступак, негирање везаности суда признањем тврдњи, у резултату је успостављање „забране самоповређивања“ зарад „очувања достојанства

¹³¹ Уп. *Jauernig*, Verhandlungsmaxime und Streitgegenstand, 13: пруски „поступак благостања“ и „антилиберална“ реформаторска стремљења у националсоцијалистичком времену су данас пронашла једног новог следбеника, који истина негира порекло.

¹³² *Jauernig*²⁹, § 25 VIII 3.

¹³³ Уп. *Jauernig*²⁹, § 25 VIII 3; *Leipold JZ* 1982, 441 (448).

државе“, што је у супротности са самим схватањем државе.¹³⁴ Управо се због тога наглашавају либералне тезе – ради очувања слободе, а не ради њих самих.¹³⁵

Део аргументације неолибералне доктрине је већ изложен у овом раду на месту где се говорило о оправдању модела начела – расправног и ублаженог расправног. С обзиром на то, треба само поновити основне тезе, али и ставити их потпуно у контекст дешавања на немачкој сцени.

Како је речено, неолиберално схватање полази од темељних вредносних оцена, која имају своје исходиште у самом Основном закону. Наглашавање приватне аутономије за схватање поступка уопште налази свој уставноправни основ. Она је уставоправно загарантована, па је тако и субјективно право још увек централна вредност приватног права, и то не само у појмовном смислу – јер, и у ДДР се говори о „субјективним правима“ – већ у суштинском, класичном смислу: субјективно право се везује за слободу грађана и за њихову аутономију. Из тога, се долази до „пакета решења“: пре свега, одређење циља поступка, што је наслањање на самог *Vaха*, у виду индивидуалне правне заштите, а тек кроз то и заштита објективног правног поретка. Уколико се ова друга не повеже са првом, она је како саморазумљива, тако и празна.¹³⁶ Јер, сваки уређени судски поступак има за свој циљ примену апстрактних норми на конкретно стање, и у том смислу сваки служи заштити објективног правног поретка.¹³⁷ Но, ако се у таквом следу заштита објективног поретка истиче као циљ без узимања у обзир постојања субјективних права, онда је приватноправни поредак урушен.¹³⁸ У том смислу је главна карактеристика преузимање вредновања грађанског права за схватање процесног нужно, што се од *Хенкела*¹³⁹ до данас узима – изричито или латентно – као полазна тачка. У супротном, што се и пребацује свим критичарима расправног начела, јавноправна вредновања процесног права у резултату негирају постојање субјективних права.

На речено се само надовезује критика нове улоге судије у виду социјалног инжењера, социјалног терапеута, и на крају *Васермановог* политичког судије. Не само да су такви концепти супротни идеји правне државе, већ они постављају питање приватноправног поретка и његовог изгледа. Ако се они прихвате, истиче се, од субјективних права више нема ништа, па се закључује да таква промена уопште није наступила и приватном праву: оно је и даље засновано на субјективним

¹³⁴ У том смислу *Jauernig*²⁹, § 25 VIII 3.

¹³⁵ Тако *Лајполд* одговара на претпоставку *Бема* да су рестауративне тенденције неолибералног порекла условљене и тежњом да се јасно разграниче од максима социјалистичког правосуђа: „Ја не желим [овој претпоставци] да противречим, већ само да додам, да се не ради о разграничењу ради себе самог, већ се ради о суштини (наиме слободи)“; *Leipold JZ* 1982, 441 (448 Fn. 119).

¹³⁶ *Jauernig JuS* 1971, 329 (331).

¹³⁷ *Jauernig*²⁹, § 1 I 2; *ders.* *JuS* 1971, 329 (331)

¹³⁸ Уп. *Jauernig JuS* 1971, 329 (331): ако се у поступку спроводи материјалноправни поредак који не познаје субјективна права, онда он заиста служи његовој заштити; ако ипак у таквом систему и постоје овлашћења појединаца, она нису установљена примарно у њиховом интересу, већ у јавном, па и вршење не зависи од приватног интереса. У таквом случају рећи да поступак служи спровођењу објективног правног поретка, онда се уједно и говори да материјално право не познаје субјективна права.

¹³⁹ *Henckel*, 62, 118 и след.

правима која настају ванпроцесно и као таква детерминишу пресуду. Судија и даље има функцију да пресуђује спрам насталог стања ствари и према фиксираним нормама материјалног права, односно он нема функцију обликовања и регулисања грађанскоправних односа. Уколико то није случај, „јурidички судија је мртав“.¹⁴⁰

Када се све то пренесе на питање расправног начела, јасно је да је оно фиксирано. Његово негирање, уз нову слику судије, доводи до урушавања приватноправног поретка и парничног правосуђа. Образложење важења расправног начела, како је већ и речено, није догматичко, јер се и оно само негира, већ правнополитичко. Оно је израз вредности приватне аутономије. У поступку се и у погледу прикупљања процесног материјала мора обезбедити слобода странака и њихова одговорност, јер је то у складу са циљем поступка,¹⁴¹ вредностима материјалног права и на послетку то одговара схватању државе; и у овом сегменту се странкама мора обезбедити, супротно од *Бернхарта*, слободна сфера. Због реченог поново се оживљава теза о јединству расправног начела са начелом диспозиције, али са јасним појмовним разграничењем. Јединство је у основном принципу (вредности) на којем се заснивају ове две максиме: слобода и одговорност странака, схватање државе и њеног односа према поједицима.¹⁴²

Чини се да је неспорна теза да странке кроз расправно начело имају право да располажу стањем ствари, јер суд нити сме да употребљава чињенице које стране нису изнеле, нити може да одрекне дејство признања или неоспоревања тврдњи за које сумња да је неистинито. Увођење дужности истинитих тврдњи није укинуло расправно начело у укупности, и она има смисао да заштити противника; када су стране сагласне о нечему, дакле када и странка којој иде на штету неистинита тврдња противника признаје исту, то није кршење § 138 ст. 1 нГрпп.¹⁴³ Једино што постоји разлика у теоретској конструкцији овог сегмента располагања странака. У том смислу је присутна идеја о формалној истини, која опет није јединствено конципирана. С једне стране је класично схватање формалне истине – стварање чињеничног стања у погледу којег суд није уверен, дакле које није резултата доказивања и формираног уверења. Супротно томе *Штурнер* (*Stürner*), спрам своје конструкције о уставном праву на поступак који ће бити оријентисан на проналажење материјалне истине, сматра да диспозиција чињеничним стањем није никаква формална истина, већ странке стварају нову истину. У том смислу и пресуда на таквим располагањима – пре свега признање тврдњи или неоспоревање – је пресуда на материјалној истини.¹⁴⁴ Слично *Хајнце* закључује, али за њега је све формална истина, с обзиром да је чињенично стање у поступку, па било оно и резултат доказивања, увек само формална истина. Наиме, она је таква, јер је долазак

¹⁴⁰ *Jauernig* JuS 1971, 329 (333).

¹⁴¹ Да циљ поступка који детерминише и начела, а нарочито питање прикупљања процесног материјала уп. *Jauernig* JuS 1971, 329 (331); *Rauscher* in: MünchKommZPO³, Einl. Rn. 273; *Leipold* in: Stein/Jonas, ZPO²², vor § 128 Rn. 149.

¹⁴² *Leipold* JZ 1982, 441 (448); *ders.* in: Stein/Jonas, ZPO²², vor § 128 Rn. 149; *Jauernig*²⁹, § 25 VIII 3; уп. *Henckel*, 144; *Brehm*, 18, 32; *Schilken*⁶, Rn. 346; *Heinze* in: FS Beys I, 515 (529 и след.).

¹⁴³ Уместо свих *Leipold* in: Stein/Jonas, ZPO²², vor § 128 Rn. 151, § 138 Rn. 1.

¹⁴⁴ *Stürner*, Aufklärungspflicht, 51

до ње прописан процесним правом.¹⁴⁵ Утолико је и доношење пресуде нпр. на основу признања тврдњи пресуда на основу формалне истине. Дакле, мање-више је – уз разлике у односу на појам истине – иста концепција као и *Штирнера*. У сваком случају, а то је најважније, странкама се омогућује да и на овај начин располажу.

Неолиберална доктрина према изложеном јесте „либерална“ и у том сегменту истрајава на очувању либералних основа нГрпп. Међутим, она није никако екстремно либерална, и све што је речено не води ка схватању поступка које би одговарало екстремној доктрини општег права. Сасвим супротно, за њу активна улога суда и дужност упућивања из § 139 нГрпп није странско тело. Наиме, аутономија странака као темељна вредност подразумева да суд не сме да буде тотор странака, али не искључује да суд помаже странке. Штавише, помагање је нужно онда када слобода странака прети да повреди саму странку. Суштински, дужност упућивања је ту да би странке могле да заиста уживају своју слободу, односно негативно да могу да снесу одговорност коју имају са важењем расправног начела.¹⁴⁶ Концепцијски то *Јауерних* јасно и формулише, тако да нема сумње да се не ради о екстремном либералном схватању.

Садашњем схватању државе одговара да подупире иницијативу појединца и да његовој слободи деловања постави ограничење (само) тамо, где се показује да је то нужно „за заштиту и унапређивање социјалног суживота“ (уп. *BverfGE* 4, 16). Државно тоторство и неограничени индивидуализам се имају подједнако негирати.¹⁴⁷

Судија, дакле, нема нити улога тотора, нити улогу пасивног посматрача или спортског арбитра.¹⁴⁸ За схватање данашњег српског стања је потребно опет цитирати *Јауерниха* као неспорно једног од најжешћих поборника неолибералног схватања, који репрезентативно одсликава управо такво схватање

[у] поступку – и то се не треба никада заборавити – не сме да победи странка која је спретнија, паметнија, већ она која је у праву. Поступак није фудбалска утакмица, суд није арбитар који само пази на придржавање правила игре и након борбе предаје трофеј, [тј.] пресуду.¹⁴⁹

Са оваквим схватањем дужности упућивања и уопште улоге судије отклањају се приговори критичара расправног начела да је његово задржавање повратак у појмовну јуриспруденцију, веровање у догму или чак манија максимама. Јер, показује се да расправно начело заправо није екстремно, и да ограничавање чистог модела има своје вредновање. Оно се без сумње налази у интеракцији уставног права на саслушање, концепција о фер, правичном поступку и формулација државе

¹⁴⁵ *Heinze* in: FS Beys I, 515 (524); чини се да у истом смеру иде и *Лајнолд* када напомиње да је свака истина у поступку, па био он поступак расправне или истражне максиме, увек једна релативна истина, јер се увек односи на расположиви процесни материјал и остаје ограничена; уп. *Leipold* in: Stein/Jonas, ZPO²², vor § 128 Rn. 152.

¹⁴⁶ Уп. *Jauernig*²⁹, § 25 VIII 3; *Stürner*, Richterliche Aufklärung, Rn. 46: нГрпп даје странкама максимум слободе, али их не препушта својој слободи без помоћи; *Leipold* in: Stein/Jonas, ZPO²², § 139 Rn. 2; *Henckel*, 144.

¹⁴⁷ *Jauernig*²⁹, § 25 VIII 3.

¹⁴⁸ *Rauscher* in: MünchKommZPO³, Einl. Rn. 305.

¹⁴⁹ *Jauernig*²⁹, § 25 VII.

као правне и социјалне државе.¹⁵⁰ Расправно начело уз активног судију који треба да ради на томе да странке изнесу сав потребан материјал служи ефективном праву на саслушање, и у том смислу остварењу циља поступка, а то је „материјалноправна правичност“. На основу тога се и гради критика социјалне струје о заштити социјално слабијих. Није смисао да се заштити странка која је таква, већ да се обезбеди да се дође до материјалноправне пресуде; у поступку се мора изрећи право, па и против странке која је социјално слабија.¹⁵¹ Ова иманентна критика социјалне струје се тако и уклапа у општу идеју о улози судије: он мора да остане јуридикчки судија и не сме да се претвори у социјалног инжењера.

У закључку расправно начело за неолибералну доктрину још увек важи, али то – на шта се посебно указује и упозорава – није никако чисто расправно начело.¹⁵² У односу на последње, оно је значајно „ублажено“, „модификовано“, али оно још увек постоји, па нема потребе за његовим замењивањем максима са новим именима. Максима кооперације уколико претендује да замени тако схваћено расправно начело¹⁵³ је сувишна и заводљива, јер не преноси оно што је смисао (слобода и одговорност странака), а што је у подсвести сваком ко се бави са процесним правом када му се спомене „расправно начело“.¹⁵⁴ С друге стране, теза о радној заједници је исто тако неприхватљива; или је без садржине, јер је ноторно да су субјекти поступка у одређеном односу, или је погрешно, јер би могло да сугерише да постоји хармонија интереса свих субјеката, као што је то случај са стањем у (бившем) ДДР. Парница је спор, сукобљености интереса и то мора остати.¹⁵⁵ Активном судији који је саодговоран за прикупљање процесног материјала не противречи таква идеја и сâмо расправно начело, јер странке, на крају, сносе коначну одговорност.

На крају, остаје да се констатује да је са слабљењем социјалне струје ослабио и интензитет одбране расправног начела. Све што је било потребно рећи као реакција на нападе, речено је крајем седамдесетих и током осамдесетих година ХХ века. Данас се напомиње „спор“ о расправном начелу и понавља се аргументација, али се чини да то је само подсећање да је спор постојао. Неолиберална доктрина је несумњиво владајућа, ако се узме у обзир шта уопште значи омиљена кованица у германском правном животу „владајуће учење, владајуће мишљење“. Уколико је параметар данашње стање, нема сумње да заиста јесте таква. Уз то, што је доста важно, пракса – и то *нСС* и *нСVC* – ју је следила, како на концепцијском плану у

¹⁵⁰ Уп. *Leipold* in: Stein/Jonas, ZPO²² vor § 128 Rn. 150.

¹⁵¹ *Henckel* in: GS Bruns, 111 (125). О одговору на ову критику *Бендера* в. горе IV 2

¹⁵² Уп. *Henckel* in: GS Bruns, 111 (126); *Leipold* in: Stein/Jonas, ZPO²², vor § 128 Rn. 147.

¹⁵³ На такво значење је мислио *Бетерман* који је и увео термин у науку; уп. *Bettermann* ZJP 91 (1978), 365 (391); данас тако исто резонује *Грегер*; уп. *Greger* in: Symposium für Schwab, 77 и след.; са одређеним симпатијама и *Rosenberg/Schwab/Gottwald*¹⁷, § 77 Rn. 5.

¹⁵⁴ Уп. *Leipold* JZ 1982, 441 (447): пошто максима кооперације оставља отвореним питање одговорности за прикупљање процесног материјала, она уздиже непостојање начела до принципа.

Уп. и *Stürner/Stadler* in: Anwaltsberuf und Richterberuf, 173 (184).

¹⁵⁵ Уп. *Jauernig*²⁹, § 25 VIII 3 аЕ; *Leipold* ZJP 93 (1980), 237 (264). Као што је већ речено, и сам *Васерман* се ограђује од тезе да кооперација и радна заједница негирају постојање спора; в. горе IV.

смислу одређивања да расправно начело важи,¹⁵⁶ тако и при решавању конкретних проблема на премисама његовог постојања.

¹⁵⁶ Тако за стање пре 2001. г. *BVerfG* 1 BvR 2194 NJW 1998, 2044; *BGH* II ZR 159/89 NJW 1990, 3151 = JZ 1991, 630; VI ZR 232/88 NJW 1989, 3161 = ZZP 103 (1990), 62; за стање након 2001. г. изричито *BGH* IX ZR 229/03 NJW 2005, 291 = BGHZ 161, 138; на крају репрезентативно *BVerfG* 1 BvR 69/08 NJW-RR 2009, 1141: важи расправно начело и принцип формалне истине, с позивом на *Раушера*; *Rauscher* in: MünchKommZPO³ Einl. Rn. 298.

§ 9 Конкретизација немачког модела

I. Обавеза истинитих и потпуних тврдњи (§ 138 ст. 1 нГрпп)

Новелом из 1933. г. је по узору на аустријско право уведена дужност странака да своје изјаве о чињеницама дају потпуно и у складу са истином (§ 138 ст. 1 нГрпп). Иако се ова дужност традиционално назива „дужност истине“ (*Wahrheitspflicht*),¹ она се одавно схвата као дужност истинитости тврдње у том смислу да је странка дужна да не износи тврдње противно свом бољем знању, тј. то је забрана лажи (*Lügenverbot*).² Због тога странка не крши своју дужност када износи тврдње за које и сама није уверена да су истините, али не зна да су оне неистините. Све то важи аналогно и за оспоравање странке на противникове тврдње. Други део ове дужности је дужност потпуних тврдњи (*Vollständigkeitspflicht*), која се дефинише као забрана свесног прећуткивања појединих чињеница које – најчешће – не иду у прилог самој странци.

Санкције за кршење дужности нису предвиђене у закону, што није препрека да јој се не призна природа праве дужности, а не само процесног терета.³ Међутим, управо на основној последици повреде дужности истинитих тврдњи се показује релативност практичних последица. Наиме, основна последица кршења ове дужности је „неузимање у обзир“ тврдњи и оспоравања за које се утврди да су субјективно неистините. Међутим, чим је тврдња или оспоравање утврђена као објективно неистинита, она се „не узима у обзир“, и нема потребе да се поврх тога још постави питање да ли је странка била свесна тога или не.⁴ У санкције се ипак убраја и негативан утицај утврђене лажи на оцену других тврдњи странке.⁵ На крају, истиче се да санкције пеналне природе не постоје, јер закон (свесно) није предвидео рецимо последице сношења трошкова или казнену таксу. Ипак, повреда дужности истинитих тврдњи може да представља процесну превару као кривично дело (*Prozessbetrug*), што има значај за понављање поступка.⁶

Док се увођење дужности истинитих и потпуних тврдњи код противника расправног начела схватала као пресудни растанак са њим, у већинској и данас владајућој теорији и пракси је § 138 ст. 1 нГрпп преобликован тако да се очува слобода странака да располажу и чињеничним стањем, а у сваком случају се негира његов значај у смислу показатеља инквизиторности.⁷ Наравно, у први план долази питање признања тврдњи за које се испоставља да је „неистинито“. Већ одавно је изграђено схватање да дужност истинитости постоји да се не оштети противник, па

¹ Од 2001. г. „дужност истине“ је и у званичном рубруму § 138 нГрпп.

² Уместо свих *Leipold* in: Stein/Jonas, ZPO²², § 138 Rn. 4.

³ Уместо свих *Jauernig*²⁹, § 26 III.

⁴ *Leipold* in: Stein/Jonas, ZPO²², § 138 Rn. 14; *Becker-Eberhard* in: *Zivilprozeßrecht im Lichte der Maximen*, 15 (25 и след.).

⁵ *Wagner* in: *MünchKommZPO*³, § 138 Rn. 16.

⁶ Уп. *Leipold* in: Stein/Jonas, ZPO²², § 138 Rn. 17; *Wöstmann* in: *Hk-ZPO*², § 138 Rn. 3; *Wagner* in: *MünchKommZPO*³, § 138 Rn. 16.

⁷ *Baur* in: *Rechtsschutz im Sozialrecht*, 35 (42 Fn 19); *Leipold* in: Stein/Jonas, ZPO²², § 138 Rn. 7; уп. и *Lent*, 53; *Rauscher* in: *MünchKommZPO*³, Einl. Rn. 304. Супротно *Bernhardt* in: *FG Rosenberg*, 9 (35).

стога онда када и странка призна неистиниту тврдњу то није кршење § 138 ст. 1.⁸ Иако је то „владајуће схватање“, добар део литературе и данас сматра супротно.⁹ С обзиром да се наведено питање тиче признања тврдњи, о томе ће бити речи у делу који се односи на питање формирања чињеничног стања вољом странака.

II. Везаност суда за страначке тврдње

Као што је речено, нГрпп не садржи изричиту одредбу која би одређивала да је суд везан страначким тврдњама, односно да не може да образује чињенично стање од чињеница које странке нису путем својих тврдњи унеле у поступак. И поред тога, за владајућу доктрину и праксу ово правило је ван сваког спора, с обзиром да је расправно начело важећа максима. Стога се пажње придаје терету тврдње, и то пре свега објективном. Даље, и сам терет тврдње је разрађен кроз терет супстанцирања, који се надовезује и на установу забране истраживачког доказивања. Као последица постојања заокруженог концепта терета тврдње је израђена методологија поступања суда у смислу испитивања конклузивности тужбе и релевантности одбране. С друге стране, постоје и остаци субјективног терета тврдње. У комплекс питања која се тичу везаности суда за тврдње странака спада и „вечити проблем расправног начела“ у виду тзв. случајних резултата доказивања.

1. Терет тврдње

A. Субјективни и објективни

Терет тврдње је израз постојања расправног начела и без обзира на активну улогу суда на плану санирања дефицита тврдњи игра доста важну улогу у поступку. У појмовном смислу, традиционално, он се дели на субјективни и објективни. Приципијелно, као што је речено у првом делу рада, терет тврдње је у сенци терета доказивања, па су и појмови субјективни и објективни терет тврдње изграђени спрам одговарајућих категорија терета доказивања.

Субјективни терет тврдње је терет странке да постави тврдње о чињеницама које испуњавају елементе диспозиције нормe која води њеном успеху. Објективни терет тврдње је последица неиспуњавања субјективног терета, јер се тада поставља питање како превазићи овај дефицит. Овде је битно питање правог значаја постојања субјективног терета тврдње у смислу да ли он уопште постоји, с обзиром да је због важења расправног начела постојање објективног терета неупитно и нужно. Наиме, врло често се истиче да није битно да ли је тврдњу поставила заиста странка која сноси терет, већ је битно да је она од стране странака.¹⁰ Међутим,

⁸ *Lent*, 44; *Jauernig*, ZPR § 26 III aE; *Leipold* in: Stein/Jonas, ZPO²², § 138 Rn. 6; *Reichold* in: Thomas/Putzo, ZPO²⁹, § 138 Rn. 7. Против оваквог схватања *Bernhardt* in: FG Rosenberg, 9 (29 и след.); *ders.* JZ 1963, 245 (247); *E. Schneider* DRiZ 1963, 342 (342 и след.); *Olzen* ZZP 98 (1985), 403 (417 и след.); *E. Schmidt* DuR 1984, 24 и след.; *Scherer* DRiZ 1996, 58 (60).

⁹ *Wagner* in: MünchKommZPO³, § 138 Rn. 14; *Koch*, 121.

¹⁰ Уп. *Rosenberg/Schwab/Gottwald*¹⁷, § 115 Rn. 40.

указује се на заводљивост таквог правила, јер добар део литературе заступа став да тужилац увек мора да испуни свој субјективни терет тврдње. Другим речима, тужба мора да буде конклузивна спрам његових навода. То је неспорно за случај изостанка туженог са рочишта и доношења пресуде због изостанка, с обзиром да је то и законски императив. Наиме, уколико тужени изостане са било ког рочишта за усмену расправу, на предлог тужиоца се може донети пресуда због изостанка (§ 331 ст. 1 нГрпп). Услов за доношење пресуде је конклузивност навода тужиоца, што подразумева, пре свега, да је он удовољио свом терету тврдње. Уколико то није случај, не само да се не доноси пресуда због изостанка, већ се доноси одбијајућа пресуда – тзв. пресуда због неконклузивности. Значај субјективног терета тврдње се показује у томе да тврдње које чине тужбу конклузивном морају да потичу од тужиоца; уколико је и тужени током поступка, дакле пре изостанка са рочишта, и изнео тврдње за које тужилац сноси терет, а он их није преузео као своје, не може се донети пресуда због изостанка. С друге стране, случај да тек кроз наводе туженог тужба постаје конклузивна се уопштава, па се захтева да увек тужилац мора да се позове на такве наводе. Уколико то не учини, тужба остаје неконклузивна и одбија се;¹¹ наравно, у свему томе партиципира и дужност упућивања тужиоца,¹² али то овде нема (толиког) значаја. На истој идеји је, на крају, и ситуација када тврдња не потиче од странке која сноси терет, већ од њеног противника, што значи да он износи нешто што му не иде у прилог. Уколико „оптерећена“ странка (*belastete Partei*) не преузме ту тврдњу као своју, већ је штавише оспори, узима се да она није испунила свој терет тврдње. Другим речима, и поред тога што је тврдња „унета“ у поступак постоји дефицит тврдње и пресуђује се на основу терета тврдње. Образложење за овакво решење се види управо у идеји расправног начела и, наравно, потиче од владајуће доктрине,¹³ али што је важно нагласити, пракса је то прихватила. Наиме, полази се од тога да би супротно решење значило принуђивање странке на успех у спору који она не жели да добије са таквим чињеничним образложењем,¹⁴ односно то би у резултату било формирање забране процесног самоповређивања, што је противно идеји слободе и одговорности странака.¹⁵ Супротно, критичари либералног поимања расправног начела у ситуацији када тужба постаје конклузивна тек кроз наводе туженог, а да их тужилац уопште не преузима, дају примат дужности истинитих и потпуних тврдњи; за њих је то не само забрана лажи у смислу забране повређивања противника, већ позив на утврђивање истине вез обзира на вољу странака. Критика владајуће доктрине је управо у реченим аргументима, јер то начелно подразумева да дужности истинитих и

¹¹ Тако *Rauscher* in: MünchKommZPO³, Einl. Rn. 296.

¹² Уп. *Jauernig*²⁹, § 25 VI 2 са даљим упућивањима.

¹³ *Leipold* in: Stein/Jonas, ZPO²², vor § 128 Rn. 157; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*¹⁷, § 115 Rn. 40; *Musielak*, Grundkurs¹⁰, Rn. 401 аЕ; *Reichold* in: Thomas/Putzo, ZPO²⁹, § 138 Rn. 6; *BGH VIII ZR 197/92 NJW-RR 1994, 1405*; *V ZR 125/88 NJW 1989, 2756 = ZZP 103 (1990), 218 (Musielak, 220)*. Супротно критичари либерално схваћеног расправног начела, уместо свих *Weyers* in: *Dogmatik und Methode*, 193 (210 и след.).

¹⁴ *Leipold* in: Stein/Jonas, ZPO²², vor § 128 Rn. 157, што у потпуности преузима *BGH V ZR 125/88 NJW 1989, 2756 = ZZP 103 (1990), 218 (Musielak, 220)*.

¹⁵ У том смислу *Jauernig*²⁹, § 25 VIII 3.

потпуних тврдњи значи принуду успеха у спору¹⁶, што је, како је речено, неприхватљиво спрам вредновања слободе и одговорности.

Б. Расподела терета тврдње

Терет тврдње је у теоретској разради у сенци терета доказивања, и како је већ речено, већинска доктрина у концепцијском смислу гради терет тврдње аналогно терету доказивања. То принципијелно важи и за питање расподеле терета тврдње, с обзиром да је неупитно схватање да оно у далеко највећем броју случајева одговара расподели терета доказивања. У том смислу је и владајућа модификована теорија норме. Полази се од поделе правнорелевантних чињеница на конститутивне, импедитивне и екстинтивне и спрам тога се дистрибуише терет тврдње и доказивања. Терет тврдње за чињенице од којих зависи настанак права (конститутивне чињенице) има онај ко истиче постојање права; за чињенице које су спречиле настанак права (импедитивне), и оне које су довеле до његовог престанка (екстинтивне) терет тврдње сноси странка која оспорава постојање права.¹⁷

Оваква принципијелна расподела „процесних ризика“, где се убрајају како терет тврдње, тако и терет доказивања, познато је, није нигде изричито законски прописана. Па ипак, она је најприхваћенија у литератури, а пракса се на њу ослања. Свакако да је највећи проблем изложеног општег правила, које би могло да се означи као *Розенбергова* теорија норме, разликовање конститутивних и екстинтивних чињеница. Због данашњег домаћег уређења овог питања на начин да је преузета теорија норме, неопходно је да се и изложи њен смисао, спорне тачке и данашње схватање у немачкој доктрини.

Розенбергова теорија норме подразумева да свака странка сноси ризик недоказаности – тиме и терет тврдње – за чињенице које јој иду у прилог, односно да сноси терет тврдње и доказивања чињеничних претпоставки норме која јој иде у прилог.¹⁸ Међутим, ово је упрошћена формула, јер он не каже која је норма (или њен елемент!) повољна за једну странку и зашто.¹⁹ Даља разрада доводи до конкретног општег правила: странка која се позива на постојање права сноси терет тврдње чињеница на основу којих је право настало, а странка која негира постојање права сноси терет тврдње чињеница које су спречиле настанак права или које су довеле до престанка.²⁰

Кључ решавања проблема дистрибуције терета тврдње и доказивања је у разликовању конститутивних, импедитивних и екстинтивних чињеница. Према *Розенбергу* сâмо материјално право у супстанцијалном смислу даје основ за њихово

¹⁶ У том смислу *Jauernig*²⁹, § 25 VIII 2.

¹⁷ Ову терминологију *Узелац* преузима спрам италијанске терминологије; *Узелац*, Терет доказивања, 104 фн. 235. Што се тиче коришћења за српско говорно подручје, чини се да је боље да се преузме таква терминологија у односу на могућ превод са немачког, по којем би конститутивне чињенице биле правностварајуће, импедитивне правноспречавајуће, а екстинтивне правноукидајуће чињенице.

¹⁸ *Rosenberg*, Beweislast⁴, 98/99.

¹⁹ *Jauernig*²⁹, § 50 IV 1; уп. *Rosenberg*, Beweislast⁴, 99.

²⁰ В. фн. 59.

разликовање – такве се чињенице већ према свом материјалноправном дејству разликују. То свакако није тешко закључити у погледу екстинтивних чињеница, јер њиховим наступањем постојеће право престаје (нпр. исплата дуга); уз то, такве чињенице није тешко разликовати од конститутивних и импедитивних, јер оне наступају у каснијем тренутку од настанка права. Међутим, разликовање конститутивних и импедитивних чињеница је већ према последњем критеријум немогуће, с обзиром да оне наступају у истом тренутку. Линија њиховог разграничења је однос правило-изузетак, по којем би конститутивне чињенице биле правило, а импедитивне изузетак. Однос правило-изузетак према *Розенбергу* се препознаје спрам конструкције/редакције норме (тзв. *Satzbaulehre*). Импедитивне чињенице су према томе редиговане тако да долазе пре или након набрајања конститутивних, и то у форми „осим ако“, „изузов“, или у форми посебне реченице која следује, која наводи једну (или више) чињеница при чијем постојању право не настаје.²¹ У том смислу се до одговора на питање долази тумачењем материјалноправне норме.²² Уз то, осим што разликовање конститутивних и импедитивних чињеница има значај за дистрибуцију терета, оне имају и различита материјалноправна дејства.²³

Розенбергова теорија норме и у смислу учења о расподели терета је пресудно критикована од стране *Лајполда*, што је развојом дискусије касније довело до успостављања тзв. модификоване теорије норме. Што се тиче расподеле терета, значајна је модификација у погледу разликовања конститутивних и импедитивних чињеница. Основни приговор је да оне немају различито материјалноправно дејство. У том смислу сасвим је свеједно да ли је једна чињеница конститутивна или је њена контрадикторна супротност импедитивна – у сваком случају правна последица може да наступи само онда када су испуњене све претпоставке норме, било позитивне било негативне.²⁴ Импедитивне чињенице имају само значај за дистрибуцију терета, али управо због тога што немају различито материјалноправно дејство од конститутивних, посредством општег правила се долази до бескорисне формуле: „Онај који оспорава постојање права сноси терет доказивања [али и тврдње, прим. *М. К.*] чињеница на основу којих право настаје, а за које он сноси терет доказивања.“²⁵ Међутим, модификована теорија норме се не одриче појма импедитивних чињеница и он се задржава, али само у смислу значења за дистрибуцију ризика недоказаности. Ради се о чињеницама на основу којих право настаје, али за које ризик недоказаности сноси онај који оспорава постојање права; које су то конкретне чињенице може бити или изричито речено, или прећутно у

²¹ *Rosenberg, Beweislast*⁴, 126. Ово разликовање налази свој израз и у општој теорији права, где се норме које садрже импедитивне чињенице (макар то биле и само реченице једне одредбе) називају ограничавајућим, и то у односу на примарну норму; таква техника се правда потребом да норме буду што јасније формулисане, али и расподелом терета доказивања; *Larenz, Methodenlehre*⁴, 242 и след.

²² *Rosenberg, Beweislast*⁴, 130.

²³ *Rosenberg, Beweislast*⁴, 132 и след.

²⁴ *Leipold, Beweislastregeln*, 38 и след. са даљим упућивањима.

²⁵ *Leipold, Beweislastregeln*, 42, са упућивањима у фн. 23 која означавају саму теорију норме као *petitio principii*, као самозаваравање, или као циркуларно закључивање.

форми језичке конструкције нормe.²⁶ Дакле, преузима се критеријум разликовања у односу на конститутивне чињенице, а то је однос правило-изузетак, али са модификовањем *Розенберговог* схватања. Конструкција нормe није једини метод одређивања шта је правило а шта изузетак, односно до одговора на то питање не може се доћи искључиво граматичким тумачењем.²⁷ Он је полазни који допушта корекције у спорним ситуацијама, када се до утврђења категорије чињенице долази смисленим тумачењем вредновања материјалног права и меродавним стварним разлозима за расподелу ризика недоказаности.²⁸ Могући стварни разлози су бројни.²⁹ У сваком случају, редакција нормe је полазна тачка, јер се тиме и манифестује свесна воља законодавца да кроз редакцију нормe у смислу правила и изузетка дистрибуише и терет тврдње и доказивања, што је нпр. пример са немачким Грађанским закоником; он је редигован управо према учењу о квалификацији импедитивних чињеница као изузетака.³⁰ Проблем настаје у спорним ситуацијама, које могу настати као код сваког језичког тумачења,³¹ а нарочит случај који се мора истаћи је када законодавац није свестан да управо на тај начин утиче на расподелу процесних ризика. Ипак, уз све речено, опште је схватање да је модификована теорија нормe заиста само модификовала *Розенбергову* теорију у смислу да ју је допунила и стабилизовала, те да је она и данас основ за теорију и праксу.³²

У сваком случају, баш као и изворна, и модификована теорија нормe искључује заузимање става поводом квалификације чињенице само за конкретан случај, и то с позивом на евентуалну правичност, конкретну вероватност и сл.³³

В. Дужност супстанцираних тврдњи; забрана истраживачког доказивања

Терет тврдње не постоји само у свом општем значењу, већ је додатно разрађен кроз доктрину о терету супстацираности (*Substantiirungslast*).³⁴ Наиме, постављање тврдње о чињеницама које се односе на диспозицију нормe која треба да се примени није довољно да би се испунио терет тврдње, већ је потребно да тврдња буде довољно супстанцирана. Начелно, овај услов ће се испунити уколико је она у тој мери конкретизована да је могуће испитати њену правну релевантност. Дакле, тврдња мора бити довољно супстацирана да суд већ на основу ње може да закључи да ли је она конклузивна или не.³⁵

²⁶ *Leipold* in: Stein/Jonas, ZPO²², § 286 Rn. 65.

²⁷ *Узелац*, Терет доказивања, 181 и след. са даљим упућивањима.

²⁸ Уп. *Prütting* in: MünchKommZPO³, § 286 Rn. 117.

²⁹ *Prütting* in: MünchKommZPO³, § 286 Rn. 116 и след.

³⁰ *Leipold* in: Stein/Jonas, ZPO³, § 286 Rn 84 и след.

³¹ *Prütting* in: MünchKommZPO³, § 286 Rn 115.

³² Уп. *Prütting* ZJP 123 (2010), 135 (140).

³³ *Prütting* in: MünchKommZPO³, § 286 Rn 120 и след.

³⁴ Уп. *Stürner*, Aufklärungspflicht, 6 и след.; *Brehm*, 47 и след.

³⁵ *BVerfG* 1 BvR 1232/07 NJW 2009, 1585; 2 BvR 1179/91 NJW 1993, 254; *BGH* I ZR 188/09 GRUR 2012, 534; V ZR 170/01 NJW-RR 2003, 69; *Leipold* in: Stein/Jonas, ZPO²², § 286 Rn. 44.

Примера ради, уколико странка наводи само да је била преварена од стране супротне странке при закључењу уговора, то није супстанцирана тврдња. Суд не може из таквог навода уопште да закључи да ли, све и да је истинит, произилази позитивна или негативна примена норме о превари.³⁶

Оправдање постојања терета супстанцираних тврдњи се традиционално везивало за расправно начело, с тим да је таква теза у хабилитацији *Брема* умногоме доведа у питање. Наиме, расправном начелу би одговарало и само скицирање конкретних чињеница, па да се након доказивања заиста расветли догађај чак и постављањем супстанцираних тврдњи.³⁷ Оправдање се налази, међутим, с једне стране у нужности судског испитивања релевантности тврдње, и с друге стране у заштити противника.³⁸ Прво, потребно је да суд већ при њеном постављању види да ли је уопште она подобна за позитивну примену норме, јер уколико није, за њу уопште и не постоји потреба да се противник изјашњава; ако се из самих тврдњи тужиоца види да тужба није конклузивна, она се одбија због неконклузивности, без доказивања; ако се из тврдњи туженог види да одбрана није „релевантна“, она се не узима у обзир, без доказивања, што уз утврђење да је тужба основана води и њеном усвајању. Друго, уколико једна тврдња није довољно супстанцирана, онда се њен противник и не може ваљано о њој изјаснити, јер ни не зна у односу на шта треба да се изјасни. С обзиром да он има терет изјашњења кроз који треба да манифестује вољу које тврдње прихвата против себе, а које оспорава, нужно је да заиста и зна шта прихвата, а шта оспорава. У том смислу терет супстанцираности и служи концентрацији поступка и утврђењу програма парнице.³⁹

Уколико странка и поред упућивања суда не супстанцира своје тврдње, већ остане при неодређеним, оне и нису процесноправно релевантне и сматра се да постоји дефицит тврдње, што даље доводи до примене норми о терету тврдње.

Питање супстанцираности тврдњи је тесно повезано са институтом истраживачког доказивања (*Ausforschungsbeweis*). Оно би уопштено подразумевало да се предлажу докази не ради уверавања суда у истинитост тврдње, већ ради сазнавања нових чињеница и доказних средстава. Закључује се да је то недозвољено, с обзиром на важење расправне максиме, и обратно – нема места забрани истраживачког доказивања уколико важи истражно начело.⁴⁰ Основна типологија истраживачког доказивања показује да се ради о два случаја који имају сасвим различита исходишта, тиме и оправдања. Наиме, први случај су управо несупстанциране тврдње, и у вези са њима доказни предлози. Такав доказни предлог, који нема довољно одређену доказну тему, квалификује се као истраживачко доказивање. Међутим, ту се ради заправо о недовољавању терету супстанцираности тврдње, и оправдање за одбијање таквих доказних предлога је управо горе изложено оправдање овог терета. Сам доказни предлог мора да покаже да ли уопште може да буде релевантан за исход поступка, а ако ни сама тврдња као

³⁶ *Brehm*, 64.

³⁷ *Brehm*, 61.

³⁸ *Brehm*, 84.

³⁹ *Brehm*, 63 и след.

⁴⁰ Уп. *Leipold* in: *Stein/Jonas, ZPO*²², § 286 Rn. 42.

предмет доказивања није довољно одређена, тако да се ни не може испитати њена релевантности, и он сам не удовољава том захтеву.

Други случај истраживачког доказивања, и то много спорнији, је постављање тврдњи „без сваког чињеничног ослоња“ (*ohne jeglicher tatsächlichen Anhaltspunkte*). Ради се о доказним предлозима о тврдњама која се традиционално називају насумичним, односно које се постављају насумично (*aufs Geratewohl, ins Blaue hinein*). То су тврдње за које се из навода странке, и свакако околности сваког конкретног случаја, види да нема никаквог ослоња да странка говори истину.⁴¹ У том смислу се све враћа на дужности истинитих тврдњи, јер она забрањује странкама да постављају тврдње противно свом бољем знању. Међутим, управо с позивом на дужност истине се ова врста истраживачког доказивања максимално редукује, па тако није насумична тврдња она за коју странка претпоставља да је истинита, или коју држи да је могућа. То ће бити случај само када заиста нема никаквог ослоња за макар и претпоставку субјективне истинитости тврдње странке. Таква тврдња, повезана са доказним предлогом, тада служи „истраживању“, јер странка поставља тврдњу само да би дошло до извођења доказа који тек треба да јој омогуће постављање даљих тврдњи и предлагање.⁴² Утолико је и енглески назив за овакво истраживачко доказивање у виду *fishing expedition* много речитији.

У оба вида истраживачког доказивања, а нарочито за насумичне тврдње, инсистира се уздржаности, нарочито због права на саслушање, јер оно кроз забрану истраживачког доказивања може бити угрожено. Исто тако, концепт забране истраживачког доказивања никако не сме да служи за избегавање доказивања које је такво да успорава поступак,⁴³ или уопште не може да служи судијама да угодно реше спор, уместо да спроведу поступак. Јер, истраживачко доказивање има исходиште заправо процесноправној ирелевантности тврдње, па тако већ њено постављање представља дефицит, који опет води пресуди на основу терета тврдње. Како то *Брем* нарочито наглашава, и то у контексту питања супстанцираности, превелики захтеви за супстанцирањем делују стимулативно за неке судије, јер им је угодније да брзо реше спор; за њих је исход спора само окончан предмет, као елемент статистике, и ништа више.⁴⁴ Тако је и пракса развила различите стратегије – а ту спада свакако и пренаглашавање терета супстанцираности – са којима се редукује процесни материјал, како би се што пре окончао спор. Такво поступање је недопустиво и има засигурно призвуче произвољности, што се у крајњој линији и манифестује на странке; чак и да није била у праву, губитак спора на основу несупстанцираности тврдње код странке ствара слику правосуђа као вршења пуке власти. Утолико је и нужно схватати концепт супстанцираности у складу са његовим циљем.⁴⁵

⁴¹ Уп. *BVerfG 1 BvR 1232/07 NJW 2009, 1585* са даљим упућивањима.

⁴² Тако резонује и *НСУС*, па је стога и уставноправно прихватљиво одбијање таквих доказних предлога; *BVerfG 1 BvR 1232/07 NJW 2009, 1585* са даљим упућивањима;

⁴³ Уп. *Leipold* in: *Stein/Jonas, ZPO*²², § 286 Rn. 43.

⁴⁴ *Brehm*, 120.

⁴⁵ *Brehm*, 120 и след.

Г. Пресуда на основу терета тврдње; испитивање терета тврдње као метод поступања суда

С обзиром да се на изричитом редакцијском плану питање везаности суда за тврдње странака не спомиње, сходно томе и не постоји било какав спомен пресуде на основу терета тврдње. Међутим, како је концепт терета тврдње иманентан систему у коме важи расправно начело, а поврх тога је у практичном смислу механизам терета тврдње разрађен и присутан, пресуде које се доносе на тај начин су неспорне. Оне се, као и пресуде на основу терета доказивања, доносе применом секундарних норми – норми терета тврдње.

За терет тврдње тужиоца се већ одавно везује појам конклузивности (*Schlüssigkeit*), који је, међутим, двозначан. Наиме, он подразумева да из навода тужиоца – када би били истинити – произилази основаност тужбеног тражења.⁴⁶ Двозначност се види у томе да на конклузивност утиче, прво, у потпуности испуњен терет тврдње – све чињенице које се односе на примену норме повољне за тужиоца су изнете. Друго, да поврх тога произилази основаност захтева. Стога, тужба је неконклузивна онда када није испуњен терет тврдње, што се означава као неконклузивност из чињеничних разлога,⁴⁷ или када је додуше испуњен терет тврдње, али применом материјалног права на тврдње произилази неоснованост захтева (неконклузивност из правних разлога). Пресуда којом се одбија тужба због неудовољавања терету тврдње се једноставно назива пресуда (због неконклузивности (*Unschlüssigkeit*surteil)).

Аналогна ситуација у погледу туженог се разматра кроз концепт „релевантности/битности“ одбране (*Erheblichkeit der Verteidigung*). Идеја је иста, па тако је и овај појам двозначан. Он на општем нивоу подразумева да се на основу навода туженог – када би били истинити – тужба одбија. Битност обухвата, даље, како испуњење терета тврдње туженог, тако и правну страну његових навода. обухвата питање терета тврдње туженог, као и конклузивност његових тврдњи. Уколоко је одбрана „небитна“, јер постоје дефицити тврдњи, то доводи до усвајања тужбе, наравно уз први и основи услов да је сама тужба конклузивна. Пресуда на основу терета тврдње против туженог, међутим, нема назив у теорији и пракси.

Пресуде на основу терета тврдње су мериторне пресуде и признаје им се пуно дејство материјалне правноснажности.⁴⁸ Санирање дефицита тврдње кроз

⁴⁶ Управо због реченог је термин, који се још увек користи у већинској домаћој литератури у виду „конклюдентности“, погрешан. Чини се да је разлог за то погрешан превод немачког *Schlüssigkeit*. Наиме, *Schlüssigkeit* заиста значи и конклюдентност, али и конклузивност, на шта се и мисли када се говори о тужби. Ипак, већ *Трива* исправно означава овај појам као „конгруентност“, док данас *Ракић-Водинелић* исправно користи „конклузивност“; уп. *Трива*, Есеј о отвореном правосуђењу, 209 (214); *Познић/Ракић-Водинелић*¹⁶, т. 267.

⁴⁷ Тако *Jauernig*²⁹, § 25 V 1.

⁴⁸ Тако изричито *BGH VI ZR 341/87 NJW 1989, 393*; в. и *Landesarbeitsgericht Düsseldorf 11 Sa 533/13, 30.01.2014*, са даљим упућивањем на праксу нижестепених редовних суда; <https://openjur.de/u/688845.html> (25. VII 2014). У доктрини је такође неспорно да су пресуде на основу тврдње материјално правноснажне; уп. *Rosenberg/Schwab/Gottwald*¹⁷, § 95 Rn. 22.

вођење нове парнице са истим предметом спора је стога искључено; исто тако, и када пресуда на основу терета тврдње има прејудицијелно дејство у наредној парници, њен резултат се не може доводити у питање постављањем тврдњи чији је дефицит и довео до претходног пресуђења. Оправдање за овакав третман пресуда на основу терета тврдње чини се да је у самом смислу материјалне правноснажности и „преклузији кроз правноснажност“ као њеној последици.⁴⁹ Без обзира што се у једној пресуди и не утврде неке чињенице, јер нису изнете, смисао правноснажности је у ненападивости закључка силогизма – изреке пресуде.⁵⁰ Због тога и постоји преклузивно дејство правноснажности, или у укпуности тзв. релативна правноснажност.

Ако правноснажност судске одлуке треба да има постојање, онда она мора бити заштићена од таквих навода који су уперени против закључка супсумпције као такве, као и против њених елемената. Због тога и утврђења стања ствари и правна оцена суда су такође ненападива. Ова везаност се може означити као релативна правноснажност.⁵¹

Постојање терета тврдње у немачком поступку, и поред било каквог изричитог спомена и закону, има кључну улогу у методу поступања суда. Испитивање конклузивности, а уз потврдан одговор, и испитивање битности одбране, представља заправо методолошку кичму поступања. Наиме, суд мора да испитује конклузивност одмах на почетку поступка; уколико постоји дефицит тврдње, он ће тужиоца упутити да га санира, чиме се показује концепт саодговорности суда. Но, уколико то прође безуспешно, доноси се пресуда због неконклузивности без било каквог даљег расправљања, још мање доказивања. Исто важи и за испитивање конклузивности „из правних разлога“. Неће се изводити било какво доказивање ако већ из навода тужиоца – према материјалном праву – произилази неоснованост тужбе. Што се тиче испитивања релевантности одбране, она је логично условљена претходном конклузивношћу тужбе, па се тако испитује тек ако је тужба уопште конклузивна. Међутим, концепт релевантности одбране долази до суштинског изражаја тек ако је тужба заиста основана. Јер, могуће је да тужени оспори неке наводе тужиоца и изнесе одбрану у којој постоји дефицит тврдње. Тада то подразумева да ће се пресудити на основу терета тврдње тек ако се утврди истинитост оспорене тужиоачеве тврдње. Наравно, и туженом следује упућивање ради санирања дефицитарних тврдњи, па тако и концепт релевантности одбране има своју примену тек ако наведено протекне безуспешно.

2. Чињенице које су резултат изведених доказа

Може се рећи да је једна од класичних кризних тачака расправног начела питање тзв. случајних резултата доказивања. Ради се о ситуацији када се тек као

⁴⁹ О преклузији кроз правноснажност уместо свих *Vollkommer* in: Zöller, ZPO²⁶, vor § 322 Rn. 70.

⁵⁰ Уп. *BGH VIII ZR 60/03 NJW 2004, 1252 = BGHZ 157, 47*: нова парница са истим предметом спора је недозвољена без обзира што се истичу чињенице које нису биле истакнуте у претходној, и то независно од тога да ли су странке у њој знале и могле да их изнесу.

⁵¹ *Rosenberg/Schwab/Gottwald*¹⁷, § 155 Rn. 6.

результат изведеног доказа појављује нека правнорелевантна чињеница, а странка која има терет тврдње не преузима као свој навод. Другим речима, ни након доказивања оне нису унете у поступак сходно правилима расправног начела. У доктрини и пракси се овакав случај назива „пребацујући резултати доказивања“ (*überschießende Beweisergebnisse*), што се по терминологији и концепцији која се заступа у овом раду назива случајним резултатима доказивања.

Принципијелно, владајуће схватање у складу са признавањем расправног начела полази од тога да се и у таквом случају странке морају позвати на чињеницу да би она могла да уђе у чињенично стање.⁵² Међутим, ово правило је умногоме ублажено, с обзиром да је у пракси *нСС* развијено „начело“ по којем се има узети да такве резултате доказивања странка чијој правној позицији иду у прилог заправо евентуално преузима.⁵³ Тако гледано, принципијелно правило које извире из расправног начела је у резултату негирано, па је то и дало повода критичарима расправног начела да констатују да такво прибегавање једној фикцији показује колико теоретски модел расправног начела не одговара практичним потребама.⁵⁴

III. Потреба доказивања зависна од воље странака

Једно од упоришта владајуће доктрине да расправно начело постоји јесте принципијелно одређивање потребе доказивања спрам воље странака. Суд ће бити у ситуацији да „утврђује истину“, прецизније да путем извођења доказа на основу свог уверења цени да ли је једна тврдња истинита или не само ако је она оспорена. У том смислу се говори о могућности располагања чињеницама, или стањем ствари, јер признање тврдњи, као и неоспоревање, искључују потребу доказивања. Заједничко за оба начина је свакако крајње дејство, али постоје значајне разлике. С обзиром да *нГрпп* изричито квалификује неоспоревање тврдњи, као и последице пропуштања и изостанка које могу водити пресуди због пропуштања/изостанка, као фикције признања тврдњи, овде се тако и излаже – с једне стране је признање тврдњи, а са друге су фикције признања тврдњи.

1. Признање тврдњи

A. Појам и дејство

Признање тврдњи по устаљеној дефиницији представља парничну радњу странке којом признаје истинитост тврдње свог противника. Остављајући овде по

⁵² *Leipold* in: Stein/Jonas, ZPO²², vor § 128 Rn. 153; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*¹⁷, § 77 Rn. 12; *Rauscher* in: MünchKommZPO³, Einl. Rn. 299.

⁵³ *BGH* VI ZR 203/00 NJW 2001, 2177; VI ZR 102/90 NJW 1991, 1541 = VersR 1991, 467.

⁵⁴ Тако *Rießmann* in: Ak-ZPO, vor § 284 Rn. 3. У сваком случају, с обзиром на примат дужности истинитих и потпуних тврдњи наспрам правила расправног начела, за његове критичаре је сасвим разумљиво да овај проблем решавају тако да суд сме (и мора) да узме у обзир и случајне резултате расправљања, с тим да је неопходно да се обезбеди право на саслушање странака; *Rießmann* in: Ak-ZPO § vor 284 Rn. 12 са даљим упућивањем; *Bernhardt* in: FG Rosenberg, 9 (34/35); *Weyers* in: Dogmatik und Methode, 193 (208 и след.).

страни релативност одређења да се ради о признавању истинитости, с обзиром да то задира у спорно питање правне природе, треба напоменути да признање тврдњи мора да буде судско, што значи да мора да буде учињено радњом према суду. Уз то, по правилу оно мора да уследи усмено, на усменој расправи, а признање поднеском долази у обзир само ако се ради о тзв. писаном поступку. На крају, признање мора да буде безусловно.

Предмет признања су чињеничне тврдње. Негативно, предмет признања принципијелно не може да буде све оно што спадало у (шири) појам правних питања, као што су свакако питања важења прописа, његовог тумачења, конкретна супсумција чињеница под правну норму, али и правила искуства, вредносни судови и сл.⁵⁵ Наиме, иако принцип *iura novit curia* није изричито прописан у нГрпп, владајуће је схватање да он постоји,⁵⁶ па да у складу са тим странке немају никаку власт (располагање) са правним питањима, и поред важења расправног начела. Ипак, у делу теорије постоји и супротно схватање.⁵⁷ Оно што је признато како у теорији, тако и пракси, јесте могућност признања правних појмова у случајевима када се ради о једноставним и свакодневним појмовима, као што је куповина, закуп, својина. Тада се ради о тзв. „правно одевеним чињеницама“ (*juristische verkleidete Tatsachen*), па њихово признање заправо подразумева да се признају чињенице које су подлога таквим правним односима и не захтева се да се они разлажу у детаље у чињеничном смислу.⁵⁸

Дејство признања тврдњи је двоструко. Прво и основно јесте свакако непотребност доказивања и као последица тога директно преузимање признате тврдње као подлоге за пресуђење, јер она постоје таква без провере истинитости.⁵⁹ Ради се дакле о дејству према суду и ствара за њега једну дужност, али и у одређеном смислу забрану.⁶⁰ У том смислу је то и израз расправног начела као

⁵⁵ Искрпно *Leipold* in: Stein/Jonas, ZPO²², § 288 Rn. 8 и след.

⁵⁶ Уместо свих *Stürner/Stadler* in: Anwaltsberuf und Richterberuf, 173 (190 и след.). Ослонац се може пронаћи и у позитивном праву, с обзиром да новелирани § 17 ст. 2 Закона о уређењу судова (*Gerichtsverfassungsgesetz*) предвиђа да је суд дужан да реши спор спрам свих правних аспеката који долазе у обзир.

⁵⁷ Ради се о доста значајном правцу у доктрини који заступа став да онда када се не ради о принудноправним нормама које изражавају јавни интерес, странке могу да наметну суду не само чињенични закључак путем признања тврдњи, већ и правни закључак; примера ради, иако произилази да је уговор ништав, јер није закључен у обавезној јавнобележничкој форми, странке могу да „сматрају“ да је он ипак пуноважан, и да тиме вежу суд. Проблем се своди на питање могућности „признања претходног питања“ у целисти, а не само његових чињеничних елемената; уп. *Baur* in: FS Bötticher, 1 и след; *Würthwein*, 61 и след. са даљим упућивањима. Ова доктрина није прихваћена у већинској науци, али и пракси; за исцрпне критике в. *Häsemeyer* ZZP 85 (1972), 207 и след.; *Cahn* AcP 198 (1998), 35 и след.; уп. већ *BGH* V ZR 80/67 MDR 1969, 468: уговор о продаји непокретности који није закључен у јавнобележничкој форми не производи дејство, без обзира што су странке у спору сагласне да производи.

⁵⁸ Уп. *BGH* III ZR 367/04 NJW-RR 2006, 281 са даљим упућивањима на праксу; за теорију уп. уместо свих *Leipold* in: Stein/Jonas, ZPO²², § 288 Rn. 4 са даљим упућивањима.

⁵⁹ Често се истиче да суд у случају признања тврдње мора да узме као да је она истинита (*als wahr zu nehmen*), иако сама редакција § 288 нГрпп то не предвиђа; тако већ *Wach*, *Vorträge*², 199; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*¹⁷, § 112 Rn. 13; *Jauernig*²⁹, § 44 III 1; *Reichhold* in: Thomas/Putzo, ZPO²⁹ § 288 Rn. 5.

⁶⁰ Уп. *Jauernig*²⁹, § 44 III 1: признате тврдње не смеју да буду предмет доказивања.

инхибиторијума за суд. Друго дејство је у односу на странку која признаје, јер признање и њу веже. Наиме, опозив је могућ, али само под посебним условима: да докаже да је тврдња неистинита, и да је признање дала у заблуди (§ 290 нГрпп). Управо спрам овог аспекта дејства се и јављају сви проблеми признања тврдњи који су у исходишту заправо спор о расправном начелу. Од тога и зависи у крајњој линији и одређивање природе признања тврдњи. У сваком случају, не постоји спор у погледу граница признања спрам важења расправног начела, јер у поступцима где оно не важи оно нема наведено дејство. Исто тако нема спора о томе да признање нема дејство уколико је противно општепознатој чињеници, уколико је немогуће јер је противно општепознатом правилу искуства, или ако се предузима ради оштећења трећих лица.⁶¹

Б. Природа

Природа признања тврдњи је већ одавно спорна, и схватања се крећу од теорије о изјави знања, преко теорије о изјави хтења, до теорије о двострукој природи. Иако се код неких напомиње да је спор практично безначајан,⁶² када се мало подробније сагледа, види се да је такво схватање исправно само ако се претходно реши проблем граница важења расправног начела. Наиме, доктрина о изјави хтења подразумева да је смисао признања воља да тврдња не буде предмет доказивања. Обрнуто, теорија о изјави о знању има значај само изјаве да је истинита тврдња. Између два одређења постоје разлике, јер се признање може дати не само у форми изјаве „јесте, истинита је тврдња“, већ и у форми „тврдња је неистинита, али не желим да се проверава доказивањем“. За изворну концепцију нГрпп је јасно да се полазило од теорије изјаве хтења, што и одговара тадашњој темељном поставци да странке имају истинско право располагања чињеницама, и то као израз располагања спорног материјалног права.⁶³ Израз таквог схватања је и уређење опозива признања, јер његово дејство не отпада ако се утврди да је тврдња неистинита, већ поврх тога је потребно да се утврди да је странка била у заблуди. Међутим, увођењем дужности истинитих тврдњи (1933) такво схватање је доведено у питање, што је и до данас спорно. Јер, ако се захтева од странака да говоре само (субјективну) истину, онда изгледа отпада теза о изјави хтења. У резултату то би значило да признање за које се испостави спрам резултата доказивања да не одговара истини нема дејство, што управо сматрају критичари расправног начела.⁶⁴ За њих се противуречност § 138 ст. 1 и § 290 нГрпп превазилази тако да се додатни услов за опозив признања у виду постојања заблуде апсолутно не узима у обзир; он је од 1933. г. изгубио своју важност, јер – иако још увек фактички постоји –

⁶¹ Уместо свих *Prütting* in: MünchKommZPO³, § 288 Rn. 36 са даљим упућивањима на праксу.

⁶² Тако *Jauernig*²⁹, § 44 IV.

⁶³ Тако се у Образложењу изворног нГрпп изричито истиче; уп. *J. P. Schmidt*, 109 са даљим упућивањем.

⁶⁴ Тако репрезентативно *Бернхарт* који заступа схватање о признању тврдњи као доказном средству; *Bernhardt* in: FG Rosenberg, 9 (33).

противречи значајнијем принципу.⁶⁵ Свакако да је подлога овог схватања, како је већ и речено, негација права располагања чињеницама и свођење расправног начела – уколико се оно уопште признаје – на његову техничку страну. Обрнуто, за владајућу доктрину и праксу предност има – у резултату – само расправно начело, јер воља странака мора да се поштује: у признању тврдњи је пресудан вољни моменат.⁶⁶ Због тога странка може да признаје и тврдње о чињеницама за које и не може знати, а нарочито оне које сама није опазила.⁶⁷ У прилог томе је и задржавање изворног механизма опозива признања, па и упркос постојању дужности истинитих тврдњи. Противуречност која долази до изражаја онда када се покаже да је неистинито признање свесно дато, превазилази се схватањем дужности истинитих тврдњи као забрани повређивања противника, а не забрани „самоповређивања“.⁶⁸ Кроз такву тезу се, наравно, провлачи идеја о вољи странака као централној вредности расправног начела. Управо је због тога и преовлађујући став да се код признања тврдњи ради о изјави хтења, и да је код њега суштински битна воља да се тврдња не проверава доказивањем, и то без обзира што може да има форму изјаве о знању.⁶⁹ Поврх тога *нСС* у следећу таквог става нуди и додатну аргументацију за наведено кризно место. Наиме, за одбрану и даље релевантности заблуде као основа за опозив признања, истиче да је управо такво уређење у складу са дужности из § 138 ст. 1 *нГрпп*; јер, ако странка прекрши своју дужност тако што свесно призна неистините тврдње, немогућност опозива признања због непостојања заблуде је заправо санкција за кршење дужности истинитих тврдњи.⁷⁰ На овај аргумент критичари расправног начела приговарају да се повреда дужности истинитих тврдњи не може санкционисати управо узимањем у подлогу за пресуђење нечега за шта је утврђено да је неистинито.⁷¹ Но, због и више него устаљене праксе данашњи поборници првенства дужности истинитих тврдњи, барем у овом аспекту, предлажу мењање закона и одстрањивање заблуде као услова опозива признања тврдњи.⁷²

Када се наведено има у виду, онда се види зашто се у делу владајуће доктрине спор о природи означава као безначајан за праксу, јер се полази од тога да признање има дејство које може отпасти само ако су исупењна оба услова из § 290 *нГрпп*. То у резултату не значи ништа друго него да је спор о природи решен већ на плану расправног начела и строгог везујућег дејства. Утолико је и логично што је у већинској доктрини признање тврдњи по својој природи изјава хтења.

⁶⁵ Репрезентативно већ *Bernhardt JZ* 1963, 245 (247), на кога се наслањају и други; *Rießmann* in: *Ak-ZPO*, § 290 Rn. 1; *E. Schmidt DuR* 1984, 24 (34); *J. P. Schmidt*, 113 и след.

⁶⁶ Изричито *Leipold* in: *Stein/Jonas, ZPO*²² § 288 Rn. 4. У том смислу и *Prütting* in: *MünchKommZPO*³, § 288 Rn. 3 и след.

⁶⁷ *Leipold* in: *Stein/Jonas, ZPO*²², § 288 Rn. 4 са даљим упућивањима.

⁶⁸ Уп. *Jauernig*²⁹, § 25 VIII 3.

⁶⁹ Тако изричито *Leipold* in *Stein/Jonas, ZPO*²², § 288 Rn. 4; *Prütting* in: *MünchKommZPO*³, § 288 Rn. 3 и след., 6; *Greger* in: *Zöller, ZPO*²⁶, § 288 Rn. 1; у резултату суштински и *Rosenberg/Schwab/Gottwald*¹⁷, § 112 Rn. 17.

⁷⁰ *BGH NJW VI ZR* 122/94 1995, 1432 = *BGHZ* 129, 108; *VII ZR* 46/61 *JZ* 1963, 258 = *BGHZ* 37, 154, што преузима као аргументацију и део доктрине; тако *Greger* in: *Zöller, ZPO*²⁶, § 290 Rn. 3. Уп. и *BGH XI ZR* 369/08 *NJW* 2011, 2794: ко свесно призна неистиниту тврдњу преузима ризик.

⁷¹ *Bernhardt JZ* 1963, (247); *Rießmann* in: *Ak-ZPO*, § 290 Rn. 1.

⁷² Тако *Koch*, 121, који иначе и признаје расправно начело са оправдањем неолибералне доктрине.

2. Фикције признања тврдњи

А. Неоспоревање тврдњи: концепт терета изјашњења

а) Појам, конструкција и смисао

Према § 138 ст. 3 нГрпп изостанак оспоравања једне тврдње има значај њеног признања. Међутим, фикција признања у овом случају није институт сам за себе, већ се одавно у теорији и пракси говори о постојању терета изјашњења странке која не сноси терет тврдње и доказивања, што је и на редакцијском плану јасно. Наиме, претходна одредба - § 138 ст. 2 нГрпп – предвиђа да је странка дужна да се изјасни о тврдњама свог противника.⁷³ Ова дужност се назива дужношћу изјашњења, али се ради заправо о правом процесном терету – терету изјашњења (*Erklärungslast*). Наиме, садржина терета се доводи управо у везу са последицом неспоравања, па се тако пре свега долази до садржаја терета: странка га испуњава или признањем тврдњи, или оспоравањем. Пасивност, тј, неиспуњење терета значи свакако да тврдње нису признате, али и да нису оспорене, што преко § 138 ст. 3 нГрпп води фикцији признања тврдњи. У томе се види и оправдање да се ради о правном процесном терету, јер њеного неиспуњење води негативној последици по позицију странке.

Кроз концепцију терета изјашњења се несумњиво потврђује расправно начело у виду одговорности странака, али и обезбеђивања слободе. И оспоравање као начин испуњења терета изјашњења је исто тако по природи изјава хтења, па чак и да има форму изјаве о знању.⁷⁴ Оно је конципирано на исти начин као и признање тврдњи – то је изјава да се не пристаје да тврдња противника буде подлога за пресуђење без доказивања. У том смислу се онда и може резонovati да је концепт терета изјашњења израз хтења странке, технички свакако кроз фикцију.

Фикција признања тврдњи ипак не доводи до комплетне примене његовог механизма и постоје суштинске разлике. Гледано спрам дејства признања, постоји исти режим само у односу са суд: неоспорене тврдње се не доказују и директно образују подлогу за пресуђење. У том смислу и границе дејства су исте. Што се тиче везаности странке за фикцију признања, паралела не постоји. То значи да странка није везана својим неоспоравањем, па тако она може одузети дејство фингираном признању простим накнадним оспоравањем.⁷⁵ Ова начелна могућност је ипак у многоме ограничена правилима о преклузији,⁷⁶ јер се може десити – уз испуњавање

⁷³ § 138 ст. 2 нГрпп: „[с]вака странка треба да се изјасни о тврдњама противника“ [jede Partei hat sich über die vom dem Gegner behaupteten Tatsachen zu erklären].

⁷⁴ *Leipold* in: Stein/Jonas, ZPO²², § 138 Rn. 12: оспоравање је само у спољашњој форми изјава знања, али се ради о изјави хтења.

⁷⁵ *Reichold* in: Thomas/Putzo, ZPO²⁹, § 138 Rn. 18.

⁷⁶ Уп. *Reichold* in: Thomas/Putzo, ZPO²⁹, § 138 Rn. 18; *Leipold* in: Stein/Jonas, ZPO²², § 138 Rn.; *Greger* in: Zöller, ZPO²⁶, § 138 Rn. 9

судијске дужности упућивања најчешће и хоће – да накнадно оспоравање не буде узето у обзир.

б) Питање супстанцираности оспоравања

Испуњавање терета изјашњавања кроз оспоравање се даље везује за појам „супстанцираности оспоравања“. Ипак, појам није униформног значења, јер често обухвата у себи две различите ствари. Наиме, он се користи, прво, у смислу забране паушалног оспоравања која подразумева да странка, ако жели да оспори, онда мора да се изјасни о појединачним тврдњама противника; у том смислу је недозвољено паушално оспоравање, или оспоравање са тзв. салваторном клаузулом „све што није признато, оспорава се“.⁷⁷ У другом смислу, као надовезивање на први, јесте питање супстанцираности у смислу обавезе да се изнесе своја верзија оспорене тврдње. У којој мери је то потребно зависи у првом реду од мере супстанцираности саме тврдње. Но, и без обзира на супстанцираност тврдње, потреба да се оспоравање изврши кроз изношење своје верзије догађаја зависи од конкретног случаја, а пре свега од тога да ли се странка која има терет изјашњавања налази у позицији да изнесе позитивне „контра-тврдње“. То неће бити случај онда када она због недостатка знања није ни у стању за тако нешто, али и онда када јој то није „разумно“ (*zumutbar*).⁷⁸

Захтев за супстанцираности оспоравања има своје оправдање у смислу терета изјашњења. Он постоји да би се тачно знало шта је спорно, а шта не; утолико оспоравање увек мора да буде „циљно“ – мора да буде уперено на конкретну тврдњу.⁷⁹ На тај начин се, како то *Брем* образлаже, и омогућује сачињавање програма поступка, с обзиром да је смисао поступања по расправном начелу доказивање само спорних тврдњи. Исто тако, захтевом за супстанцираним оспоравањем се штити противник, јер он тада зна у ком правцу да усмери своје доказне предлоге. Што се тиче захтева за позитивним изјашњењем, истиче се да је то сасвим разумљиво. Уколико странка не жели да прихвати тврдње против себе, онда треба да каже и зашто не прихвата.⁸⁰

Неудовољавање суштински терету супстанцираног оспоравања подразумева да није испуњен ни терет изјашњења, па наступа фикција признања тврдњи.

⁷⁷ *Leipold* in: Stein/Jonas²² § 138 Rn. 35; *Wagner* in: MünchKommZPO³ § 138 Rn. 19.

⁷⁸ Уп. *Wagner* in: MünchKommZPO³, § 138 Rn. 20.

⁷⁹ Уп. *Wagner* in: MünchKommZPO³, § 138 Rn. 19: уколико се тужилац супстанцирано изјаснио, онда тада тужени има дужност да усмери свој став у погледу појединачних тврдњи. Став је наравно у смислу признања или оспоравања.

⁸⁰ *Brehm*, 85 и след. Релеватност вољног момента у овом случају, где се само потврђује читава концепција потребе доказивања као израза хтења странака, а не њихових исказа о истинитости, истиче и *Лажнолд*, с обзиром да одређује ако страха *хоће* да оспори, онда мора и да се изјасни о појединачним тврдњама; *Leipold* in: Stein/Jonas, ZPO²², § 138 Rn. 35.

в) Изјаве са незнањем

Посебно место у контексту терета изјашњења изјашњавања имају изјаве са незнањем (*Erklärung mit Nichtwissen*). Из наведене конструкције произилази да је оспоравање које спречава фикцију признања само изричито. С друге стране, речено је да оспоравање – спрам супстанцираности тврдње – мора и само да буде супстанцирано, што подразумева у највећем броју случајева излагање свог виђења догађаја. Принципијелно то би значило да странка увек мора да има информације, што није увек могуће, а дужности истинитих тврдњи, која се односи и на оспоравање, захтева да странка не лаже. Због тога § 138 ст. 4 нГрпп допушта нарочиту врсту оспоравања кроз изјаву са незнањем: странка изјављује нити да признаје, нити да оспорава тврдњи, али у процесном смислу постоји потреба за доказивањем. Такав вид оспоравања је изузетно допуштен – онда када се ради о чињеницама који нису нити радња странке, нити предмет њеног сопственог опажања (§ 138 ст. 4 нГрпп). Уколико то није случај, не постоји оспоравање, већ фикција признања – терет изјашњења није испуњен.⁸¹ Оправдање за овакво уређење изјава са незнањем налази своје изходиште у тези да странка мора да се потруди да се обавести о чињеницама које се тичу њених радњи или сопственог опажања. Иако то на први поглед апсурдно звучи, јер свака странка зна шта је радила или шта је опазила, правило има итекако значај (заправо и готово и једини у пракси) онда када је странка правно лице. Тако се радња или опажање заступника правног лица везује за само правно лице,⁸² док странка има дужност да се обавести о предметном догађају код својих запослених.⁸³ У честим случајевима када је осигуравајуће друштво тужено ради накнаде штете оно се мора потрудити да прибави информације од свог осигураника.⁸⁴ Ипак, допушта се да странка физичко лице оспори тврдње са незнањем онда када је према животном искуству вероватно да не може да се сећа догађаја.

Б. Пресуде због пропуштања и изостанка

Поред неудовољавања терету изјашњења, у случајевима изостанка туженог са рочишта, као и пропуштања да се оспори тужбени захтев у одговору на тужбу, наступа такође фикција признања тврдњи (§ 331 ст. 1 нГрпп) чиме се отвара пут доношењу пресуда због изостанка и пропуштања. Додатни услов за доношење пресуде због пропуштања, свакако и најважнији, јесте да је навод тужиоца конклузиван, односно да је сама тужба конклузивна. Она мора бити такав у оба

⁸¹ Уместо свих *Rosenberg/Schwab/Gottwald*¹⁷, § 112 Rn. 24.

⁸² *Rosenberg/Schwab/Gottwald*¹⁷, § 112 Rn. 24 са даљим упућивањима.

⁸³ *BGH II ZR 95/93 NJW 1995*, 130: недозвољено је оспоравање са незнањем када странка може да се информисе о догађају у оквиру сопственог предузећа; оно је тада дозвољено тек када информисање протекне безуспешно; *BGH I ZR 238/98 NJW-RR 2002*, 612: странка је дужна да прикупи доступне информацију у свом предузећу, као и од лица под чијим управљањем, надзором или одговорношћу је била активна.

⁸⁴ Уп. *Reichold* in: *Thomas/Putzo, ZPO*²⁹, § 138 Rn. 20; *Leipold* in: *Stein/Jonas, ZPO*²², § 138 Rn. 48 са даљим упућивањима на примере.

вида: у смислу удовољавања терету тврдње, и преко тога у конклузивности у ужем смислу; једноставно, да из тврдњи тужиоца произилази основаност захтева. Уколико тужилац није испунио терет тврдње, и у том смислу је тужба неконклузивна, доноси се одбијајућа пресуда – пресуда због неконклузивности. Међутим, то ће бити случај тек пошто суд упути тужиоца да постоји дефицит тврдње. Оно што је изузетно битно да се напомене јесте да доношење пресуде због неконклузивности уопште није предвиђено законом, већ је последица разрађеног схватања о терету тврдње. Другим речима, постојање расправног начела „саморазумљиво“ успоставља овакав режим.

Изостанак тужиоца са било ког рочишта за усмено расправљање доводи до пресуде због изостанка против њега, и то на предлог присутног туженог. Ова пресуда међутим није заснована нити на фикцији признања тврдњи, а још мање је услов за њено доношење релевантност одбране туженог. Она се доноси аутоматски против тужиоца, без било каквих других мериторних услова.⁸⁵ С обзиром на – што се тиче нашег поимања – помало чудног постојања процесних пресуда у немачком праву, треба напоменути да је пресуда због изостанка против тужиоца мериторна пресуда која има потенцијал за класично дејство материјалне правноснажности.⁸⁶

IV. Везаност суда за доказне предлоге странака

1. Субјективни терет доказивања

Субјективни терет доказивања, или много чешће терет извођења доказа (*Beweisführungslast*), с обзиром на постојање расправне максиме интегрални је део немачког парничног поступка. Још од *Розенберга* је присутна мисао да је такав терет замислив само када важи расправно начело. Одредбе које предвиђају и извођење доказа по сл. дужности доводе у питање овакво одређење. О томе ће бити речи у делу који следи. На овом месту треба поћи од тога као да нема ових одредаба, јер се тако у већини и разматра проблематика субјективног терета доказивања на општем нивоу.

Правила о расподели субјективног терета доказивања су, природно, иста као и правила о расподели објективног терета доказивања. Како се у највећем броју случајева расподела поклапа са расподелом терета тврдње, све што је речено за последње и овде важи.

Значај субјективног терета доказивања се огледа принципијелно у три правца. Прво, уколико постоји дефицит доказних предлога, суд ће усмерити своје упућивање на странку која сноси терет доказивања.⁸⁷ У другом правцу се показује значај субјективног терета доказивања онда када за једну оспорену тврдњу доказ нуди само противник странке која сноси терет. Наиме, одавно је формиран и

⁸⁵ § 330 нГрпп: уколико се тужилац не појави на рочишту за усмену расправу, онда се на основу предлога доноси пресуда због изостанка којом се тужилац са тужбом одбија.

⁸⁶ *Saenger* in: Нк-ZPO², § 322 Rn. 6; *Herget* in: *Zöller*, ZPO²⁶, § 330 Rn. 6.

⁸⁷ *Rosenberg/Schwab/Gottwald*¹⁷, § 115 Rn. 5.

прихваћен став да се доказивање неће спроводити, већ ће се пресудити против странке која сноси терет тврдње.⁸⁸ Према *Розенбергу* је то оправдано, јер полазећи од појма противдоказа закључује да се и без обзира на његов конкретан резултат ништа не мења: и даље није утврђена истинитост тврдњи стране која сноси терет доказивања; уз то, оправдање је на крају и пасивност саме странке која сноси терет.⁸⁹ Дакле, субјективни терет доказивања игра улогу у поступку, јер извођење доказа подразумева да у сваком случају предлог мора да постави барем странка која га сноси. Трећи и последњи израз субјективног терета доказивања је извођење доказа саслушањем странака. По правилу, саслушава се само противник странке која сноси терет доказивања, и то само на предлог „оптерећене“ странке (§ 445 ст. 1). Она ће моћи ипак да се саслуша ако постоји сагласност обе странке (§ 447).⁹⁰ Међутим, суд има овлашћење да изведе доказ саслушањем обе странке по сл. дужности (§ 448).

Неиспуњење субјективног терета доказивања у смислу непостављања никаквог доказног предлога није изричито прописано законом. У теорији и пракси, како је већ и речено, сматра се да се у том случају пресуђује против странке која сноси терет доказивања. За такву ситуацију се користи израз *Beweisfälligkeit*, што би могло да се преведе и схвати као изостанак/пропуштање предлагања доказа, односно наводи се да је у таквим случајевима странка пропустила доказни предлог. То је тада и једини разлог за пресуђење против ње.

2. Извођења доказа по сл. дужности и однос према расправном начелу

С обзиром да закон омогућава извођење готово свих доказа по сл. дужности (§§ 142-144, 448; изузетак су сведоци), поставља се питање у којој мери то утиче на субјективни терет доказивања и уопште на расправно начело. Пре свега, нема спора да таква могућност постоји и да је она показатељ да не важи чисто расправно начело, иако се само расправно начело означава као важеће. Исто тако, неспорно је и да доказивање по сл. дужности не сме да води истраживачком доказивању; оно је као такво принципијелно забрањено и када странке предлажу доказе, па тим пре се то не сме омогућити суду. То би било урушавање система заснованог на расправном начелу.⁹¹ Оно што је проблематично јесте одређивање природе норми које предвиђају доказивање по сл. дужности, што за владајућу доктрину подразумева и покушај да се оне „углаве“ у систем који почива на расправном начелу.

⁸⁸ За раније стање уп. *Rosenberg*, *Beweislast*⁴, 22/23 са даљим упућивањима; за данашње уп. *Leipold* in: *Stein/Jonas*, *ZPO*²², § 286 Rn. 51, односно *Rosenberg/Schwab/Gottwald*¹⁷, § 115 Rn. 5, оба са даљим упућивањима. Супротно *Rüßmann* in: *Ak-ZPO*, vor § 284 Rn. 14.

⁸⁹ *Rosenberg*, *Beweislast*⁴, 23 и след.

⁹⁰ За критику овог анахроног решења уп. *Rosenberg/Schwab/Gottwald*¹⁷, § 123 Rn. 21. У сваком случају треба имати на уму да је саслушање странака супсидијарно доказно средство, јер је допуштено тек ако нема других доказа или ако и поред других изведених доказа суд није дошао до потребног уверења.

⁹¹ Уп. *Wagner* in: *MünchKommZPO*3, §§142-144 Rn. 1: одредбе о извођењу доказа не ослобађају странке терета тврдње.

Одредбе §§ 142-144, 448 превиђају да суд *може* да изведе доказе и без предлога странака. Према језичкој редакцији не ради се о принудним нормама, већ о оним које омогућава дискрециону оцену (тзв. *Kannvorschriften*). Да није тако, закључује се да не би било никакве разлике у односу на истражно начело, па би свако другачије тумачење значило и негацију расправне максиме.⁹² Суд ће бити уопште у прилици да изведе доказе на овај начин уколико из резултата расправљања стекне сазнање за њихово постојање.⁹³ Питање које је пресудно јесте када ће постојати околности које оправдавају да суд оцени да треба да изведе доказе мимо предлога странака. Владајућа доктрина одговор тражи у довођењу у везу са судијском дужности упућивања и кроз то што је могуће веће очување идеје расправног начела. Наиме, дужност упућивања се односи и на дефиците доказних предлога (§ 139 ст. 1 реч. 2 нГрпп), па се узима да у таквој ситуацији, а када суд спрам резултата расправљања има сазнања о доказима, постоји могућност оптирања: или суд може да упути странку да предложи доказ, или може да сам одреди доказивање. Тако схваћено доказивање по сл. дужности је само скраћивање (*Abkürzung*): уместо да упути странку, суд одређује извођење доказа, али једно од та два мора да уради.⁹⁴ Међутим, и то је пресудно за целу идеју, уколико странка ни након упућивања не предложи доказ, суд не треба да га изведе по сл. дужности.⁹⁵ Исто тако, извођење вештачења по сл. дужности не треба да се одреди само због тога што странка није положила предујам трошкова.⁹⁶ На тај начин се обезбеђује мисао о одговорности странака, јер оне не могу да се поуздају и ослоне на доказивање о сл. дужности.⁹⁷ С друге стране, тиме се и очувава расправно начело, јер би супротно водило правој инквизиторној дужности суда и увођењу истражне максиме. Закључно, обавезна активност суда – упућивање *или* извођење доказа по сл. дужности – отклања опасност од произвољног поступања суда.⁹⁸

Супротно схватање коме је подлога само техничко оправдање расправног начела и истина као нужан међуциљ поступка другачије решава проблем. *Шенфлин* најисцрпније образлаже тезу да §§ 142-144, 448 подразумевају важење истражног начела.⁹⁹ Како је циљ поступка утврдити истину,¹⁰⁰ не може се говорити више о

⁹² Уп. *Stürner*, *Aufklärungspflicht*, 67.

⁹³ *Stürner/Stadler* in: *Anwaltsberuf und Richterberuf*, 173 (190); *Wagner* in: *MünchKommZPO*³, §§142-144 Rn. 2; уп. и *Greger* *BRAC-Mitteilungen* 2005, 150 (151), који за извођење доказа исправама по сл. дужности истиче да је неопходно да постојање исправе произилази из довољно супстанцираног навода странке.

⁹⁴ *Stürner/Stadler* in: *Anwaltsberuf und Richterberuf*, 173 (186/187); *Stürner*, *Aufklärungspflicht*, 68; *ders.*, *Richterliche Aufklärung*, Rn. 11, 72.

⁹⁵ *Lent*, 55; *Habscheid* *ZZP* 96 (1983), 306 (309); *Peters*, 146; *Stürner*, *Aufklärungspflicht*, 68; ограничено *Wagner* in: *MünchKommZPO*³, §§ 142-144, Rn. 4 и след.

⁹⁶ Уп. *Greger* in: *Zöller*, *ZPO*²⁶, § 144 Rn. 2.

⁹⁷ *Stürner*, *Aufklärungspflicht*, 68; *Peters*, 145; *Wagner* in: *MünchKommZPO*³, §§ 142-144 Rn. 4.

⁹⁸ *Stürner*, *Richterliche Aufklärung*, Rn. 11.

⁹⁹ *Schöpflin*, *passim*, нарочито 161.

¹⁰⁰ Наравно, ни код њега циљ није истина као таква, већ неопходно средство за остварење циља; међутим, он припада правцу који не признаје никакво располагање чињеничним стањем, па је зато и утврђење истине једини начин да се обезбеди индивидуална правна заштита; *Schöpflin*, 36 и след., нарочито 37/38.

остављању на оцену суду да ли да изведе доказ или не.¹⁰¹ Однос са § 139 је тако само питање целисходности, али и непредлагање доказа и након упућивања не ослобађа суд дужности његовог извођења.¹⁰² У резултату, ово схватање и отворено негира расправно начело и признаје истражно за „извођење доказа“, што је и у складу са основном позицијом негирања постојања начела као таквог.¹⁰³

Сходно изложеном, за владајућу доктрину овлашћење суда да изводи доказе по сл. дужности не утиче на постојање субјективног терета доказивања. Нема сумње да оно у одређеној мери њега ублажава, али се тиме никако не долази до идеје о свеопштој дужности суда да утврђује истину. Утолико је и очувана идеја о расправном начелу.

V. Савремени проблеми расправног начела: превазилажење дефицита информација у амбијенту расправног начела на основу стриктне расподеле терета тврдње и доказивања

Већ је више пута речено да се расправно начело као такво не доводи у питање. Права дужност суда да расветљава и истражује чињенично стање је ван сваке дискусије и неприхватљива је. Међутим, сазнање да стриктна расподела терета тврдње и доказивања према *Розенберговој* формули може итекако да угрози циљ поступка – доношење исправне пресуде – већ одавно поставља питање могућности превазилажења проблема. У основи је проблем у ономе што прати традиционално схваћено расправно начело, па и поред ојачане судијске дужности упућивања, а то је правило да странка преко свог терета не треба да омогућује свом противнику победу тако што ће морати да прибавља за њега процесни материјал.¹⁰⁴ Стога се закључује у доктрини да то може довести до фаталних последица за странку која сноси терет тврдње и доказивања, али једноставно не располаже процесним материјалом.¹⁰⁵ Такво схватање, од истог дела критичке доктрине, се означава такође као процесни дарвинизам деветнаестовековне концепције који се мора напустити и тиме пронаћи прикључак ка „менаџменту конфликта“ облележног разумом, који одговара модерном информацијском друштву.¹⁰⁶

Било би крајње погрешно приписати „традиционалном учењу“, пре свега највишој судској инстанци, да не постоји свест о проблему. Досадашњи развој је показао да је заправо сам *нСС* створио читаву палету модификација која служи превазилажењу проблема. Пре свега то су случајеви обрта терета доказивања за

¹⁰¹ *Schöpflin*, 146 и след.

¹⁰² *Schöpflin*, 168.

¹⁰³ За критику *Шенфлина* уп. *Wagner* in: *MünchKommZPO*³, §§ 142-144 Rn. 4 Fn. 13 са даљим упућивањем.

¹⁰⁴ Репрезентативно *BGH II ZR 159/89 NJW 1990*, 3151 = *JZ 1991*, 630. То је још увек важећи принцип којим се води пракса, в. последње *BGH XI ZR 46/11 NJW 2013*, 2015 (Rn. 33).

¹⁰⁵ *Greger BRAK-Mitteilungen 2005*, 150 (151).

¹⁰⁶ Тако *Greger BRAK-Mitteilungen 2005*, 150 (154); уп и *Koch*, 264 и след. Означавање таквог схватања расправног начела као процесног дарвинизма потиче од *Штурнера*; *Stürner ZRP 98 (1985)*, 237 (256).

одређене случајеве. Тако је то случај, примера ради са одговорности произвођача за штету од производа (*Produzenthaftung*).

Од и више него начелне пресуде *нСС* у случају „пилеће куге“ (*Hühnerpestfall*) опште је усвојено правило о обрту терета доказивања у случајевима одговорности произвођача за штету проузроковану неисправним индустријским производима, па тако произвођач треба да докаже да не постоји његова кривица.¹⁰⁷ Према општим правилима расподеле терета доказивања у немачком праву за деликтну одговорност кривица је конститутивна чињеница.

У овим случајевима се ради о – иначе и признатој методи – судском унапређењу права (*richterliche Rechtsfortbildung*), јер се иде отворено *contra legem*, с обзиром да се општем правилу о расподели терета тврдње и доказивања и поред непостојања законског израза признаје ранг законских норми.

С друге стране је проблем дефицита процесног материјала код странке која сноси терет тврдње и доказивања, и, с обзиром на трајање расправе, хронични спор о постојању опште дужности обавештавања (расветљавања) странке која не сноси терете (*allgemeine Aufklärungspflicht der nicht behauptungs- und beweisbelastete Partei*). Срж проблема је у питању да ли и противник странке има дужност да изнесе процесни материјал, и то преко случајева када он има едициону дужност у погледу исправа и предмета увиђаја. Као што је речено, *нСС*, али и добар део литературе, полази од горе назначеног приципа и уједно негира овакву дужност. Но, свестан да то заиста може да доведе до фаталних последица, *нСС* је израдио доктрину о секундарном терету тврдње (*sekundäre Behauptungslast*) који треба да ублажи строгост основног концепта. Наиме, у ситуацијама када је догађај о којем треба да се поставе тврдње ван сфере странке која сноси (примарни) терет тврдње и када она нема никаквог ближег знања о релевантним чињеницама, њен противник тада добија секундарни терет тврдње: он мора да се изјасни о таквом догађају, али у сваком случају ако су му такви ближи наводи разумни. Механизам секундарног терета тврдње је при изложеним условима следећи. Странка која сноси примарни терет тврдње може да постави сасвим паушалну и несупстанцирану тврдњу, а њен противник треба да онда наведе супстанцирано оклоности које се односе на такву тврдњу. У случају да он то не учини, наступа фикција признања из § 138 ст. 3 нГрпп. Но, тиме се не пребацује и терет доказивања на противника, већ након његовог изјашњавања странка која сноси примарни терет тврдње треба да предложи доказе, који већ спрам конкретног случаја могу да буду видљиви из самог изјашњавања.

Секундарни терет тврдње је нарочито присутан у случајевима где је правнорелевантна чињеница негативна, тј. када се ради о тзв. негативним чињеницама.¹⁰⁸ На примеру спора о одговорности адвоката за пропуштање давања савета *нСС* кратко али јасно разјашњава механизам секундарног терета тврдње.

Доказ за понашање противно дужности адвоката треба да предложи клијент, па иако се ради о негативним чињеницама (BGH, Urt. v. 5. Februar 1987 - IX ZR 65/86,

¹⁰⁷ BGH VI ZR 212/66 NJW 1969, 269 = BGHZ 51, 91.

¹⁰⁸ Уп. Saenger ZZZ 121 (2008), 139 (144 и след.).

NJW 1987, 1322, 1323; v. 3. Dezember 1992 - IX ZR 61/92, NJW 1993, 1139, 1140). Адвокат се не може задовољити тиме да оспори повреду дужности или да само уопштено тврди да је свог клијента довољно поучио. Штавише он мора да опише ток разговора у појединостима а нарочито да истакне конкретне околности о томе које је поуке и правне савете дао и како је клијент реаговао на то (BGHZ 126, 217, 225; Zuehör/Fischer, Handbuch der Anwaltshaftung 2. Aufl. Rn. 986).¹⁰⁹

Израђени механизам секундарног терета тврдње је међутим и максимална граница која се не сме прећи, и свако друго проширивање је урушавање концепта за који не постоји законска основа. Штавише, део доктрине сматра да би општа дужност обавештавања била урушавање самог расправног начела, па тако ни решење *de lege ferenda* којим би се она увела није добро.¹¹⁰

Идеја о општој дужности обавештавања као *de lege lata* решењу немачког права није нова. Њу већ фон Хипел (*von Hippel*) заступа, са позивом на дужности истинитих и потпуних тврдњи. Међутим, до сада најопсежнију и у том смислу најенергичнију аргуменатацију даје Штирнер у својој хабилитацији 1976. г. Укратко, Штирнер из претходног закључка да је већ на уставноправном плану загарантован поступак у којем ће се тежити утврђивању истине, аналогично са посебним правилима о едисионој дужности долази до тезе о општој дужности расветљавања. Но, и за њега она није апсолутна у смислу да противник увек и без посебних услова дужан да прибавља процесни материјал који му не иде у прилог.¹¹¹

У свему наведеном треба истаћи једну другу димензију заступника постојања, или само увођења опште дужности обавештавања. То је мисао о вредности утврђења истине у парничном поступку за остварење његовог циља – индивидуалне правне заштите. Она се не утврђује због заштите објективног правног поретка¹¹² и у том смислу уопште није по среди једно колективистичко схватање поступка. Управо због тога је за овај правац теорије расправно начело као такво неопходно, па је у том смислу он интегрални део неолибералне доктрине. Међутим, обезбеђивање утврђења истине се тражи у демонтажи расправног начела схваћеног кроз стриктну поделу терета. Дакле, захтева се редефинисање расправног начела у том сегменту, без да се дира у две фундаменталне ствари: у његово опште важење у смислу забране истраге суда, и у појачану активност суда у виду судијске саодговорности за прикупљање процесног материјала. Према Штирнеру не само да општа дужност расветљавања није противна основној идеји расправног начела, већ му је и именанта.¹¹³ Овако гледано схватање је – сасвим отворено код његових заступника – борба против расправног начела као догме и ослобађање од идеје о парници као рату, борба против остатака дарвинистичког гледања на парницу.

¹⁰⁹ BGH IX ZR 21/03 NJW-RR 2007, 569.

¹¹⁰ У том смислу пре свих *Arens ZZZP 96 (1983), 1 (18 и след.)*.

¹¹¹ Уп. *Stürner, Aufklärungspflicht, passim*, нарочито 378 и след. (укупан резултат); *ders. ZZZP 98 (1985), 237 и след.*; за сумарну реконструкцију Штирнеровог схватања, заједно са тренутним стањем спора *Koch, 256 и след.*

¹¹² *Katzenmeier JZ 2002, 533 (539)*.

¹¹³ *Stürner ZZZP 98 (1985), 237 (254 и след.)*.

Гледано уопштено и спрам историјског развоја у последњих 130 и више година, може се констатовати следеће. Читав развој је уперен према напуштању изворне идеје расправног начела у виду процесног дарвинизма. Прво је разбијена догма о нужности пасивности судије и процесној борби странака. Активан и саодговоран суд је постао неупитан концепт, и како је речено то је неодвојиви део и неолибералне владајуће доктрине. Друго, што је тежња приказаног правца, јесте отклањање и последњег елемента схватање парнице као борбе у којој странка није обавезна да даје муницију и оружје свом противнику. При свему овоме, наравно, темељно важење расправног начела је данас неспорно: то је процесни израз приватне аутономије и одавно (*nach wie vor*) је одговарајуће поступку у коме се пружа индивидуална правна заштита. Колико ће уродити плодом напор овог правца зависи од самог законодавца, јер при садашњем стању праксе се чини немогућим њено преобраћање. С друге стране, добар део теорије која се залаже за општу дужност обавештавања или дужност сарадње сама признаје да *Штирнерово* схватање о њеном постојању *de lege lata* није исправно,¹¹⁴ па је зато једини пут законодавни захват.

VI. Концепт судијске саодговорности: дужности упућивања

Историја новелирања нГрпп је историја повећавања и наглашавања активне улоге суда. Од изворне концепције у којој је – барем за редовну врсту првостепеног поступка (поступак пред земаљским судовима) – било предвиђена само дужност питања, дошло се до свеобухвате целине која је прописана у данашњем § 139 нГрпп под називом материјално управљање парницом. Наведени § је централно место немачког парничног поступка у смислу одређивања задатака судије у односу на странке. Кроз њега се показује улога суда и пресудно напуштање концепта чистог расправног начела.

Последње концепцијске измене нГрпп – реформа из 2001. г. – захватиле су и питање саодговорности суда. Опште је мишљење да природа дужности упућивања није промењена, али да је још већи акценат стављен на њу.

1. Појам, природа и смисао

Појам материјалног управљања парницом у смислу § 139 нГрпп је неодговарајући, јер ван садржине активности суда које се спомињу у њему, постоје и друге које улазе у појам материјалног управљања парницом. Због тога се чини да ни званичан назив није прихваћен у доктрини и пракси, па је још увек стаљен назив судијска дужности упућивања (*Hinweispflicht*), много ређе дужности расветљавља (*Aufklärungspflicht*). Заправо, три су целине које се издвајају из цитиране одредбе,

¹¹⁴ Уп. уместо свих *Koch*, 266 са даљим упућивањима. У суштини, основна замерка је методички пут *Штирнера*, јер како је речено он до резултата долази аналогично. Истиче се да је основ за аналогичност сувише узак, јер *Штирнер* не долази до резултата на основу аналогичности са једним општим правилом, већ из изолованих норми.

које су међутим и саме испреплетане. Тако, прва је општа дужност претресање са странкама чињеничне и правне стране спора. Друга је општа дужности упућивања и питања, док је трећа забрана пресуда изненађења. Колико год су наведене целине можда у догматичком смислу одвојене – али и то је крајње упитно – оне су повезане заједничким циљем. Сходно *Лајполду*, али и Образложењу Предлога Реформе из 2001. г., смисао активности суда из § 139 је да се процесни материјал у чињеничном и правном смислу јасно и потпуно сакупи како би се на тој подлози могло постићи што је могуће правичније решење спора.¹¹⁵ У погледу последњег, несумњиво се мисли на пресуду која ће одговарати ванпроцесном материјалном праву, односно мисли се на пресуду засновану на идеалном чињеничном стању.¹¹⁶ Скуп активности из три целине се своди на саодговорност суда за прибављање процесног материјала. Подлога за такву идеју је само схватање поступка, али и након Другог светског рата афирмисана и формирана доктрина фер поступка и ефективног права на саслушање. На крају, према добром делу литературе, то је и обележје парничног поступка једне правне и социјалне државе.¹¹⁷

Дужности из § 139 нГрпп се данас јединствено схвата као права дужност суда, а не само његово овлашћење.¹¹⁸ У том смислу суд мора испуни своју дужности из § 139 нГрпп онда када су испуњени законски услови, те стога не постоји никакав простор за оцену (*Ermessensspielraum*).¹¹⁹ Но, оно што је најважније и најспорније, питање је када су испуњени услови за упућивање странака и указивање на одређене околности. У томе је највећи проблем целокупне концепције и може се рећи вечити.

Сходно владајућем схватању науке и праксе, дужност упућивања није инквизиторна дужност суда, јер суд нема право, још мање дужност, да утврђује чињенице преко тврдњи странака – расправно начело у сржи важи.^{120, 121} Његова је

¹¹⁵ *Leipold* in: Stein/Jonas, ZPO²², § 139 Rn. 5.

¹¹⁶ Уп. Образложење предлога Реформе из 2001. г. (BT-Drucksache 14/4722): [т]ок поступка до пресуде мора да буде транспарентнији за странке. На крају поступка мора да буде пресуда која ће заиста бити прихваћена од стране странака. Оне треба да виде да је суд искористио све могућности како би се предузело свеобухватно испитивање изнетог стања ствари (58). Средство за постизање овог циља је јаче наглашавање судијске дужности упућивања и расветљавања (60). Образложење доступно на <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/14/047/1404722.pdf> (25. VII 2014).

¹¹⁷ *Rosenberg/Schwab/Gottwald*¹⁷, § 77 Rn. 16; уп. *Stürner* in: FS Baur, 647 (657 и след.), који поставља и путање уставне дужности судијске саодговорности. За социјалну струју је неспорно дужност суда средство за постизање циља формулисаног као компензација социјалних неједнакости, што је основна вредност устава; уп. *Wassermann*, Sozialer Zivilprozeß, 89 и след., 155 и след.; *E. Schmidt* in: Ak-ZPO, Einl. Rn. 47, 91 и след., § 139 Rn. 3.

¹¹⁸ Репрезентативно *Schumann* in: FS Leipold, 175 (181): упућивање на усменој расправи је *ансолутна дужност суда* (нагл. аутора); *Greger* in: Zöller, ZPO²⁶, § 139 Rn. 1; *Wagner* in: MünchKommZPO³, § 139 Rn. 3; *Leipold* in: Stein/Jonas, ZPO²², § 139 Rn. 27. И пре реформе 2001. г. исто се резоновало; *Stürner*, Richterliche Aufklärung, Rn. 28 и след.; *E. Schmidt* in: Ak-ZPO, § 139 Rn. 8; уп. *Schaefer* NJW 2002, 849 (851): дужност упућивања није била милост суда, већ захтев према њему.

¹¹⁹ У том смислу, с обзиром на учињену реформу из 2001. г., *Schumann* in: FS Leipold, 175 (181); уп. и *Leipold* in: Stein/Jonas, ZPO²², § 139 Rn. 27 са даљим наводима.

¹²⁰ *Leipold* in: Stein/Jonas, ZPO²², § 139 Rn. 39; *Koch*, 103; *Prütting* NJW 1980, 361 (362 и след.); *Stürner*, Richterliche Aufklärung, Rn. 11; *Baur* in: Rechtsschutz in Sozialrecht, 35 (42).

¹²¹ Репрезентативно *BGH V ZB 22/03 BGHZ 156, 269 = NJW 2004, 164 (Rn. 4)*: „[у] погледу материјалног управљања парницом, у које се убрајају у § 139 предвиђена претресања, питања и упућивања, суд има, осим ако за посебне врсте поступка није другачије прописано (за породичне ствари уп. §§ 616, 617 нГрпп [садашњи § 26 Закона о поступцима у породичним стварима и стварима

дужност да се стара да странке разјасне или употпуне своје тврдње; да се изјасне на наводе противника; да предложи доказе; да укаже странкама на аспекте спора које су превиделе или погрешно држе да нису релевантни. Да ли ће то оне заиста урадити – на њима остаје. Искусствено, као што то и *Bender* истиче, у далеко највећем броју случајева, странке ће следити упућење суда.¹²² Утолико се закључује да уврежен назив „судијска дужност расветљавања“ (*Aufklärungspflicht*) није одговарајућ, јер може да створи утисак да се ради о инквизиторној дужности суда. Због тога се као термин који највише одговара нуди дужност упућивања (*Hinweispflicht*) или њему комплементаран дужност претресања (*Erörterungspflicht*).¹²³

У концепцијском смислу је видљиво оно што је већ речено у првом делу рада у погледу релације моделског појма расправног начела и овакве активности суда. Неолиберална, већинска доктрина управо због неинквизиторне природе дужности упућивања и не види разлог да се немачки поступак означи другачије од поступка по расправном начелу. Она је свакако свесна да нема говора о чистом расправном начелу, али то није довољно да се на догматичком плану призна постојање другог начела – начела кооперације или радне заједнице. Дакле, судијска дужност упућивања јесте један од фундаменталних института поступка, његова *Magna Carta*, али то није довољан разлог да се напусти појам расправног начела.

Смисао судијске дужности питања је у ублажавању одговорности странака и њеном довођењу у разумну меру.

2. Општа дужност претресања

Суд има дужност да, ако је то потребно, расправи са странкама чињеничну и правну страну спора и да поставља питања. Принципијелно се у овој одредби види општа дужност расправљања која постоји на свакој усменој расправи независно од тога да ли постоји потреба за питањима, тј. независно од тога да ли постоје дефицити процесног материјала. У том смислу, општа дужност претресања је нешто што је саморазумљиво, јер „усмена расправа без расправљања о ствари са странкама нема никакав смисао“.¹²⁴ Она служи у идеалним случајевима када нема дефицита концентрисању већ изнетог процесног материјала. Суд треба да јасно утврди које су тврдње постављене, које су од њих спорне и који су докази у погледу њих предложени.¹²⁵

Наведена дужност заправо добија свој пуни смисао у контексту кризних ситуација, пре свега у случајевима када постоје дефицити тврдњи или доказних предлога. Тада постоји и обавеза суда да поставља питања у правцу санирања дефицита, што и сама одредба већ предвиђа. За разраду даље дужности у оквиру

ванпарничног правосуђа, прим. *М. К.*) да поштује право располагања странака предметом спора и њихово искључиво овлашћење да прибављају процесни материјал“.

¹²² *Bender* JZ 1982, 709 (710).

¹²³ *Bettermann* ZZP 91 (1978), 365 (390); *Stürner*, Richterliche Aufklärung, Rn. 11; *Reischl* ZZP 116 (2003), 81 (84).

¹²⁴ *Leipold* in: Stein/Jonas, ZPO²², § 139 Rn. 15

¹²⁵ Уп. *Leipold* in: Stein/Jonas, ZPO²², § 139 Rn. 18.

материјалног управљања парницом – дужности питања и упућивања – служи друга реченица из § 139 ст. 1 нГрпп.

3. Дужност упућивања у појединостима

А. Нејасне и дефицитарне тврдње

Дужност упућивања се односи, пре свега, уопштено на област страначких тврдњи као потенцијалне подлоге за пресуђење. Различити дефицити у овој области доводе и до различитих појавних могућности упућивања, али им је заједничко то што им је циљ спречавање формалне одлуке – пресуде на основу терета тврдње. У основи, постоје две ситуације које дају повод за активност суда и опредељују циљ дужности: разјашњење тврдње и употпуњавање тврдњи.

Упућивање на разјашњење тврдњи подразумева да су оне контрадикторне са другим тврдњама исте странке, вишезначне или сасвим неодређене. Нарочито постоји потреба за разјашњењем онда када странка уместо чињеничних тврдњи користи само правне појмове, а не ради се о појовима који су општепознати (нпр. продаја, закуп, зајам). Суд у свим тим ситуацијама треба да укаже странци на конкретну нејасноћу и да је упуту да је санира.

Употпуњавање тврдњи као задатак упућивања долази у обзир онда када је тврдња неконклузивна или није довољно супстанцирана. Ради се о нарочито значајном случају дужности упућивања, и може се рећи најчешћем.¹²⁶ Да би постојао повод за упућивање у овим случајевима, сматра се да суд мора да установи да странка није свесна дефицита.¹²⁷ Због везаности неконклузивности за мериторно пресуђење – јер, важи расправно начело – принципијелно се полази од правила да тужба сме да буде одбијена због неконклузивности тек по безуспешном упућивању тужиоца.¹²⁸ Смисао нужности упућивања странака у случајевима дефицита тврдње нераскидиво је везана са конструкцијом немачког поступка у којем – иако нигде изричито речено – важи принцип *iura novit curia*.¹²⁹ Суд суверено одлучује о правној квалификацији спора, што пре свега подразумева да од њега зависи које су чињенице битне, а које не. Због тога он има дужност да укаже странкама да нису постављене све тврдње о битним чињеницама које су потребне спрам његове правне квалификације. Само на тај начин је могуће да странке заиста снесу своју одговорност коју имају при важењу расправног начела, односно да уживају слободу која им се даје.¹³⁰ На тој идеји је израђена и доктрина о забрани пресуде изненађења која је данас не само изричито законски нормирана, већ је и у нераскидивој вези са уставном концепцијом права на саслушање у фер поступку. О томе ће бити рећи у

¹²⁶ У том смислу *Peters*, 125.

¹²⁷ У највећем броју случајева то ће увек и постојати, јер се заправо полази од претпоставке да странка која не износи оно што јој иде у прилог, ни не зна да јој то иде у прилог; тада је то већ питање забране пресуде изненађења; уп. *Leipold* in: Stein/Jonas, ZPO22, § 139 Rn. 76.

¹²⁸ Уп. *Leipold* in Stein/Jonas, ZPO²² § 139 Rn. 29; *Schumann* in: FS Leipold, 175 (181 и след.).

¹²⁹ Веома јасно *Schumann* in: FS Leipold, 175 (182/183).

¹³⁰ У том смислу већ *Henckel*, 144; *Stürner*, Richterliche Aufklärung, Rn. 46; *Stürner/Stadler* in: Anwaltsberuf und Richterberuf, 173 (187); слично *Jauernig*²⁹, § 25 VIII 3.

засебном одељку, па овде треба само констатовати да већ из интеракције расправног начела и принципа *iura novit curia* произилази потреба да се суд стара да се поставе све потребне тврдње како би се што је могуће више приближило циљу – материјалној правичности. Обрнуто, циљ је избегавање формалне пресуде, која може бити, али и не мора, материјално правична.

Повод за упућивање у овом смислу је постојање дефицита тврдњи. Тако нешто је потребно додатно разјаснити, где се показује опет нужност схватања учења о силогизму. Наиме, није дужност суда да провоцира странке да износе чињенице које апстрактно могу утицати на пресуђење,¹³¹ већ је његова дужност да тражи употпуњавање тврдњи о чињеницама које се односе на релевантне норме само онда када за то постоји повод. Он ће постојати када је већ из навода странака унет део чињеничног супстрата релевантне норме. Другим речима, потребно је да већ постоји спрам тога индикација примене једне конкретне норме.¹³² Због тога се и каже да предмет упућивања није истина као таква, већ страначки навод.¹³³ Према томе, како и наглашава *нСС* у сталној пракси, није дужност суда да кроз питања и упућивања утиче на тужиоца на „унесе“ у поступак нов правни основ тужбе – наравно кроз чињеничне тврдње – уколико кроз дотадашње наводе нема макар ни најаве, индикације таквог основа.¹³⁴

Као добар пример може да послужи релативно свежа одлука *нСС*. У спору поводом регресног захтева против адвоката због лошег вођења претходне парнице, тужилац је истакао да је изгубио спор у којем га је заступао тужени, јер он није благовремено подигао тужбу. За упућивање тужиоца, да треба да наведе и да тужени може да одговара већ зато што се прихватио да га заступа у парници у којој нема изгледа за успех, нема повода, јер тужилац у својим наводима није макар нејасно и недовољно одређено споменуо тако нешто.¹³⁵

На крају, у оквиру упућивања које има за свој предмет наводе странака улази и старање да се странке изјасне о тврдњама противника. У складу са појмовним оквиром, то би било старање да странке испуне свој терет изјашњавања.

¹³¹ Уп. *Leipold* in: Stein/Jonas, ZPO²², § 139 Rn. 29 и след.; *Stürner*, Richterliche Aufklärung, Rn. 64.

¹³² Уп. *Leipold* in: Stein/Jonas, ZPO²², § 139 Rn. 24; *Stürner*, Richterliche Aufklärung, Rn. 64.

¹³³ *Leipold* in: Stein/Jonas, ZPO²², § 139 Rn. 22.

¹³⁴ *BGH IX ZB 106/11 NJW 2011, 3653; VIII ZR 43/05 NJW 2006, 434; V ZB 22/03 NJW 2004, 164 = BGHZ 156, 269* са даљим упућивањима на ранију праксу.

¹³⁵ *BGH IX ZB 406/11 NJW 2011, 3653*; штавише, у пресуди се заузео став да је такав нов навод преиначење тужбе, с обзиром да се њиме мења идентитет предмета спора – промењен је чињенични основ. На овом случају се показује тенденција сужавања појма „животног догађаја“ као елемента предмета спора у смислу материјалноправних категорија. То треба сагледати и из визуре ублажавања одговорности странака за прибављање процесног материјала. Наиме, у овом конкретном случају је правноснажно одбијен захтев тужиоца само у погледу регреса због лошег вођења парнице. Такво пресуђење, примењујући схватање из пресуде, није препрека за нову тужбу, сада са наводом о прихватању вођења парнице без изгледа на успех. Када се то доведе у везу коначно са дужности упућивања, види се одређена „компензација“ – суд није био дужан да упућује странку, али у погледу тога за шта није имао повода да упућује, и нема правноснажног окончања.

Б. Доказни предлози

Дужност упућивања се природно надовезује и на уопштено речено дефицитарне доказне предлоге. Повод за такву активност је пре свега нејасан доказни предлог (недовољно прецизно означена доказна тема или недовољно прецизно означено доказно средство).¹³⁶ Такође, постоји потреба за упућивањем странке која сноси терет доказивања уколико уопште није предложила доказ, а пропуст се заснива на превиду или на очитој погрешној правној оцени, као што би био случај са погрешним схватањем о расподели терета доказивања.¹³⁷ Указивање да је неопходно да се предложи докази, и то уопштено, ван сваког је спора. Међутим, питања која се надовезују и разрађују такво опште правило (нпр. да ли суд треба да упути странку да предложи конкретног сведока уместо неког другог) веома су спора, и зависе у многоме од тога да ли је странка заступана адвокатом или не. Исто тако је и спорно питање да ли суд треба да указује странци на потребу да предложи нове доказе, у случајевима када изведени докази нису успели.¹³⁸

В. Упућивање у погледу материјалноправних приговора?

Једно од најспорнијих питања у погледу судијске дужности упућивања, на коме се и највише виде разлике у схватању поступка, тиче се материјалноправних приговора. Пре свега треба истаћи да је таква категорија јасно изграђена у немачком грађанском праву и у том смислу се јасно разликује од импедитивних и екстинтивних чињеница. Последње су само тзв. противљења (*Einwendungen*), док су права на основу којих противник материјалноправног захтева има право да одбије његово испуњење приговори (*Einreden*), названи још и „противправа“ (*Gegenrechten*). Противљења су само, у контексту самих субјективних грађанских права, правнорелевантне чињенице, за које, сада у контексту поступка, терет тврдње и доказивања сноси странка која оспорава постојање права. Приговори су, међутим, посебна субјективна права која се приближавају преображајним правама,¹³⁹ да би они произвели правно дејство није довољно да су изнете и утврђене њихове правнорелевантне чињенице, већ је нужно да је њихов титулар изјавио вољу да их врши.¹⁴⁰ У смислу дужности упућивања је видна разлика: недовољне тврдње о противљењима потпадају под дужности упућивања која се тиче дефицита тврдњи уопште; приговори, уколико нису изјављени – нема изјаве воље – тичу се управо због њихове природе и поучавања о њиховом вршењу.

¹³⁶ Уп. *Stürner*, *Richterliche Aufklärung*, Rn. 69; *Leipold* in: *Stein/Jonas*, ZPO²², § 139 Rn. 41; *Peters*, 123/124; *Wagner* in: *MünchKommZPO*³, § 139 Rn. 30.

¹³⁷ *Wagner* in: *MünchKommZPO*³, § 139 Rn. 17; *Leipold* in: *Stein/Jonas*, ZPO²², § 139 Rn. 43.

¹³⁸ О различитим схватањима са упућивањима уп. *Leipold* in: *Stein/Jonas*, ZPO²², § 139 Rn. 42.

¹³⁹ Уп. *Medicus*, AT BGB⁸, Rn. 86; *Köhler*, BGB AT³¹, § 17 Rn. 13. Да се ради о посебном субјективном праву изрчито *Brox*, AT BGB²³, Rn. 611. У том смислу резонује и *нСС* када истиче да су приговори противправа чије „улагање“ подразумева изјаву воље, а која материјалноправне природе; *BGH V ZB 22/03 NJW 2004*, 164 = *BGHZ 156*, 269.

¹⁴⁰ Уп. *Medicus*, AT BGB⁸, Rn. 92 и след.; *Köhler*, BGB AT³¹, § 18 Rn. 11; *Brox*, AT BGB²³, Rn. 611 и след.

Јасна слика садашње доктрине и праксе захтева нијансирање ситуација поводом „упућивања на приговоре“. Чини се да је неспорно да у случају навођења (неких) чињеница из којих произилази постојање приговора, те када при томе странка на нејасан начин ипак исказује вољу да жели да врши право приговора, дужности суда постоји.¹⁴¹

Пример за то је навод туженог да „након толиког дугог времена више не може његову исплату да докаже кроз прилагање признанице“.¹⁴²

Суд тада треба да разјасни шта странка заиста жели, а што чини управо упућивањем. Ту и престаје консензус. Према владајућем схватању, које је и неолиберално, уколико нема макар индиције исказивања воље за вршењем права приговора, дужности суда не постоји. Разлог за такво схватање је материјалноправно вредновање, с обзиром да су приговори субјективна права чије вршење зависи искључиво од њиховог титулара.¹⁴³ Супротно, махом заступници социјалне струје, сматрају да управо спрам циља упућивања и у таквим случајевима постоји дужности суда.¹⁴⁴ Јер, странка управо ни не зна да јој стоји на располагању приговор, јер погрешно оцењује спор. Уз то, на шта указује нарочито *Е. Шмит* (*E. Schmidt*), проблем приговора уопште није везан за дефиците тврдњи и њихово разјашњавање. С обзиром да се ради о преображајном праву, а не само правнорелевантним чињеницама, дужности упућивања произилази из обавезе утицања да се поставе пожељни (мериторни) предлози захтеви. Наиме, као што је само укратко споменуто, дужност суда се простире и на упућивање у погледу преиначења тужбе. Уколико је то тако, а заиста је неспорно, онда то треба да важи и у односу на туженог, који у далеко највећем броју случајева улаже приговоре.¹⁴⁵

С обзиром на владајућу доктрину и праксу, поучавање странке о материјалноправном приговору онда када нема повода за то представља класичан пример кршења дужности питања који уједно и оправдава разлог за изузеће.¹⁴⁶

¹⁴¹ *Peters*, 135; *Leipold* in: Stein/Jonas, ZPO²², § 139 Rn. 54; *Reischl* ZZP 116 (2003), 81 (111); *Wagner* in: MünchKommZPO³, § 139 Rn. 38 и след.; *BGH V ZB 22/03 NJW 2004*, 164 = BGHZ 156, 269; уп. *Stürner*, Richterliche Aufklärung, Rn. 78 и след.

¹⁴² *Петерс* наводи такав пример с обзиром на једна случај из праксе *ЗС у Франкфурту*; *Peters*, 135/136.

¹⁴³ Суштински се аргументација своди на материјалноправно вредновање приговора; уп. *Prütting* NJW 1980, 361 (364); *Leipold* in: Stein/Jonas, ZPO²², § 139 Rn. 53; *Brehm*, 225; *BGH V ZB 22/03 NJW 2004*, 164 = BGHZ 156, 269.

¹⁴⁴ *Wassermann*, Sozialer Zivilprozeß, 117 и след.; *E. Schmidt* in: Ak-ZPO, § 139 Rn. 34 Тако међутим и *Петерс* (*Peters*), који засигурно није припадник социјалне струје; уп. *Peters*, 137.

¹⁴⁵ *E. Schmidt* DuR 1984, 24 (26); *ders.* in: Ak-ZPO, § 139 Rn. 34.

¹⁴⁶ Изричито за приговор застарелости *BGH V ZB 22/03 NJW 2004*, 164 = BGHZ 156, 269; *Wagner* in: MünchKommZPO³, § 139 Rn. 41; уп. *Leipold* in: Stein/Jonas, ZPO²², § 139 Rn. 55; *Reischl* ZZP 116 (2003), 81 (111); *Greger* in: Zöller, ZPO²⁶, § 139 Rn. 17; *Reichold* in: Thomas/Putzo, ZPO²⁹, § 139 Rn. 5; *Stürner*, Richterliche Aufklärung, Rn. 80; *Prütting* NJW 1980, 361 (365). Супротно још увек, и поред цитиране начелне одлуке *nCC Vollkommer* in: Zöller, ZPO²⁶, § 42 Rn. 27; *Kaysers* in: Hk-ZPO², § 42 Rn. 20.

4. Забрана пресуде изненађења

Доктрина о забрани пресуде изненађења није нова и она се формира и пре него што се на нормативном плану она изричито регулише (1976. г.). Пресуда изненађења постоји када суд заснује своју пресуду на једном аспекту спора за који је странка која губи спор мислила да је небитан или га је превидела, па се због тога није изјаснила о њему и није било расправе. Пре свега пресуде изненађења су пресуде на основу терета тврдње или терета доказивања. Због тога што је странка другачије правно оценила спор од суда, она није поставила одговарајућу тврдњу, или није само предложила доказ. Управо због тога што таква странка погрешно конципира спор, она тек из пресуде сазнаје да су њене тврдње биле дефицитарне или да није предложила доказе за тврдње које су биле ипак релевантне. У том смислу пресуда је за њу изненађење.

Недвосмислено се на овом примеру види читава веза расправног начела и принципа *iura novit curia*. Због тога је већ давно установљена доктрина о забрани овакве пресуде, и то са позивом на право на саслушање: изостанком упућивања странке њој се суштински крши право на саслушање, у то време тек само основно процесно начело. Законски ослонац се видео у § 139 нГрпп у смислу дужности упућивања и питања. Након Другог светског рата и доношења Основног закона у којем је право на саслушање основно људско процесно право (чл. 103 ст. 1), као и развојом доктрине о праву на правичан поступак, забрана пресуде изненађења се подиже на уставноправни ниво, што има и своју практичну страну: таква пресуда се може нападати уставном жалбом, која ако је успешна доводи до поништаја пресуде од стране *нСУС*. Са Новелом из 1976. г. је изричито у закону предвиђена ова забрана, која је уз одређене измене од 2001. г. саставни део § 139. И данас, као и пре 2001. г., забрана пресуде изненађења је израз обезбеђивања ефективног права на саслушање, као и израз права на правичан поступак.¹⁴⁷ Због тога је неопходно да се изложи немачки концепт права на правичан поступак, који је због уставноправног стања, али и особености немачке доктрине и праксе, имао помало другачији развој од одговарајућег права из ЕКЈП.

У немачком Основном закону нема спомена нити о правичном поступку, нити о посебном људском праву на правично суђење. Готов производ из ЕКЈП у том смислу није довољан за немачко стање, јер с једне стране међународни уговори немају примат, док с друге стране *Савезни уставни суд* одлучује по уставним жалбама само у контексту кршења уставних права предвиђених Основним законом. Спрам тога је *нСУС* изградио доктрину о праву на правичан поступак као уставном праву грађана, и то с позивом на постулат правне државе у вези са гаранцијом слободног развоја личности. Тако схваћено право је заправо једно „опште људско процесно право“, које у себи садржи, пре свега, право на саслушање, али и додатне конкретизације, потпут забране произвољног поступања суда. Много битнија је

¹⁴⁷ *Wöstmann* in: *Hk-ZPO*², § 139 Rn. 1; *Leipold* in: *Stein/Jonas, ZPO*²², § 139 Rn. 58; *Schumann* in: *FS Leipold*, 175 (197 и след. са даљим упућивањима на праксу); *BVerfG* 1 BvR 162/84 BVerfGE 75, 183 = NJW 1987, 2003.

мисао о забрани суду извођења штетних последица по странке из сопствених грешака.¹⁴⁸

Сходно данашњој редакцији суд сме да заснује одлуку на једном гледишту које је једна странка очито превидела или је држала за небитно, као и онда када га суд другачије оцењује од обе странке, само онда када је странку у том погледу упутио и омогућио јој да се о томе изјасни (§ 139 ст. 2 нГрпп). Гледиште у смислу ове одребе је увек једно правно питање, један правни аспект спора. Погрешна оцена странке готово увек резултује и дефицитом процесног материјала, па је зато прави смисао забране пресуде изненађења омогућавање да се санирају дефицити узроковани превидом или другачијом правном оценом. Само за себе другачије правно оцењивање спора, при непостојању дефицита, није повод да се странка упућује, и у том смислу не постоји апсолутна дужност вођења тзв. правног разговора.¹⁴⁹

Превид исправног аспекта спора је евидентан када се о томе уопште није расправљало, нити се он спомињао. Спорно је, међутим, да ли постоји очигледан превид уколико је противник странке већ сам указао на тај аспект, уједно и на дефицит који је са њим повезан (нпр. указивање на неконклузивност тврдњи).¹⁵⁰

Много је значајнија ситуација када суд сасвим другачије оцењује спор од странака, па зато логично и странка која сноси терет тврдње и доказивања не износи процесни материјал. До потребе за указивањем не долази само у класичној ситуацији да странке не препознају релеванте норме, већ, и у другим ситуацијама: када у ток спора долази до релевантне промене закона¹⁵¹ или када суд мења у току поступка своје правно схватање.¹⁵² Последње је у складу са стандардом правичности и уређењем самог поступка, јер се странке поуздају у већ изнето схватање суда. Нарочито карактеристичне за немачки правни систем су ситуације које су у релацији са значајем судске праксе. Наиме, уколико суд жели да одступи од своје дотадашње праксе, или устаљене праксе уопште (пре свега *нСС*), он треба да скрене пажњу странкама на то и да им омогући да употпуне своје тврдње и доказне предлоге спрам „новог схватања“. Исто тако је и у случају да суд жели да следи нову праксу (опет пре свега *нСС*) за коју странке не знају или је не узимају у обзир.¹⁵³

¹⁴⁸ Уп. *Leipold* in: Stein/Jonas, ZPO²², vor § 128 Rn. 129.

¹⁴⁹ Уместо свих *Rosenberg/Schwab/Gottwald*¹⁷, § 77 Rn. 28, § 82 Rn. 14.

¹⁵⁰ Негирање дужности упућивања је било карактеристично за период пре 2001. г. Сада је изгледа повећан број оних који сматрају да „упућивање противника“ није довољно да би се суд ослободио сопствене дужности; уп. *Schumann* in: FS Leipold, 175 (188 и след. са даљим упућивањима). Супротно *Rosenberg/Schwab/Gottwald*¹⁷, § 77 Rn. 25. *Лажнолд* напомиње да у тој ситуацији „по правилу“ нема повода за судијским упућивањем, али наглашава и изузетке; *Leipold* in Stein/Jonas, ZPO²², § 139 Rn. 76.

¹⁵¹ *BGH* II ZR 212/10 NJW 2012, 3035 = JZ 2012, 663.

¹⁵² *Rosenberg/Schwab/Gottwald*¹⁷, § 77 Rn. 25 са даљим упућивањима.

¹⁵³ Уп. већ *Stürmer*, Richterliche Aufklärung, Rn. 85 са даљим упућивањем.

5. Упућивање адвоката

Дужности упућивања је предвиђена управо за поступак пред земаљским судовима у којем странке немају постулативну способност, односно у којима постоји принудно адвокатско заступање. Одакле би произишло да је проблем упућивања адвоката већ решен. Ипак, спорна питања још увек постоје, с тим да се она више везују за квалификацију повреде § 139 нГрпп као повреде права на саслушање и имају значај за уставну жалбу. Наиме, неспорно је и да адвокат може да се нађе у заблуди и да не препознаје исправно правно схватање, и да у складу са тим не поставља потребне тврдње. У том случају је обавезно судијско упућивање.¹⁵⁴ И овде се аргументација враћа на схватање поступка и негирање екстремно либералних позиција, с обзиром да се истиче да § 139 нГрпп није конципиран на принципу кривице са последицом да се кривица адвоката приписује странци.¹⁵⁵ Сам дефицит у наводима је претпоставка да се суд активира,¹⁵⁶ и не поставља се као услов у одређеном смислу савесност пуномоћника, с обзиром да упућивање не зависи од тога да ли је он могао сам без тешкоћа да препозна исправну правну оцену.¹⁵⁷

Разлика упућивања адвоката као пуномоћника и странака које немају пуномоћника, с обзиром да § 139 нГрпп важи и за поступке пред основним судовима, постоји у два вида. Прво, у садржају упућивања: према владајућем схватању пуномоћнику адвокату је довољно да се укаже на релевантне норме за чију примену постоје чињенични дефицити, или у истом смислу коришћење правних појмова; супротно, неке странке без пуномоћника није довољно упутити на одређене параграфе и чланове прописа, већ им се мора објаснити смисао правне оцене на начин који је разумљив лаику.¹⁵⁸ Друго, кршење дужности упућивања има различиту уставноправну природу у зависности од тога да ли је странка била неука, или је имала пуномоћника адвоката. Наиме, за постојање повреде поступка, као што је речено, није битна савесност и кривица странака; у сваком случају је нужно упућивање, па ако оно изостане то је призивни или ревизијски разлог. Међутим, питање кривице постоје параметар за процену да ли се уједно ради и о кршењу уставног права на саслушање, с обзиром да је могуће нападати судску одлуку и уставном жалбом. Према схватању *нСВС* и већег дела доктрине, није свако кршење § 139 нГрпп уједно и повреда уставног права на саслушање. У том смислу појам пресуде изненађења има другачији појам за потребе поступка пред уставним судом. Тада није довољно да је суд изненадио странку својим правним схватањем, већ је поврх тога неопходно да је тако нешто изненађење за странку која се савесно припремила за спор и у складу са тим није никако могла да рачуна на такво правно

¹⁵⁴ *BGH X ZR 83/00 NJW 2002, 3317; VII ZR 217/93 BGHZ 127, 254; X ZR 116/97 NJW 1999, 418.* У доктрини се истиче да § 139 нГрпп принципијелно важи и у односу на адвокате; *Wagner in: MünchKommZPO³, § 139 Rn. 4; уп. Jauernig²⁹, § 25 VII.*

¹⁵⁵ *Wagner in: MünchKommZPO³, § 139 Rn. 6; слично Greger in: Zöller, ZPO²⁶, § 139 Rn. 6.*

¹⁵⁶ *Wagner in: MünchKommZPO³, § 139 Rn. 6.*

¹⁵⁷ *Leipold in: Stein/Jonas, ZPO²², § 139 Rn. 80; уп. Greger in: Zöller, ZPO²⁶, § 139 Rn. 6.*

¹⁵⁸ *Leipold in: Stein/Jonas, ZPO²², § 139 Rn. 81.*

схватање суда. Овде је очигледно потребно нијансирање у сваком конкретном случају, а први параметар је управо околност да ли се ради о неугој странци или странци заступаној адвокатом. У погледу прве се питање савесности сигурно спушта ниже, и односно у односу на другу је оно много више.¹⁵⁹

Према владајућем схватању је довољно да се пуномоћнику адвокату скрене пажња на правну страну спора у смислу релевантних норми, или коришћењем правних појмова. Било какво поучавање је искључено.¹⁶⁰ Међутим, чак и да се ради о пресуди изненађења у смислу § 139 нГрпп, дакле кршењу одредбе, неће уједно увек постојати и повреда уставног права на саслушање. За то је изграђен додатни параметар у виду савесности саме странке, тј. њеног пуномоћника адвоката. Полази се од тога да повреда права на саслушање постоји уколико се ради у конкретном случају о изненађујућем правном схватању на које није могао да рачуна савестан и добро припремљен адвокат. Дакле, уколико се ради о питањима која су спорна, али су и расправљана у пракси и доктрини, адвокат пуномоћник има дужност и да њих проучи. С друге стране, некада ће и мимо тога постојати повреда права на саслушање. То ће бити случајеви када је суд током поступка управо дао повода да се адвокати поуздају у једно схватање, које онда он промени и спрам њега донесе пресуду изненађења. Таква пресуда је у супротности са постулатом фер поступка правне државе.

6. Начин и време вршења дужности упућивања

Дужност упућивања је прописана у делу закона који регулише усмену расправу, која је у далеко највећем броју случајева обавезна и нужна; осим пресуде због пропуштања против туженог, или тзв. писаног поступка у којем се расправља само поднесцима, било каквом пресуђењу – мериторном или процесном – мора да претходи усмена расправа.¹⁶¹ Штавише, и изношење процесног материјала у припремним поднесцима постаје процесни материјал на коме се може засновати пресуда тек његовим изношењем на усменој расправи.¹⁶² Стога је јасно да је централно место упућивања странака усмена расправа, те да се дужност испуњава усмено.¹⁶³ С друге стране се захтева да се изричито записнички констатују упућивања, јер се испуњење обавезе не може другачије доказивати (§ 139 ст 4 нГрпп). Тиме се показује да већ сам нГрпп поклања фундаменталну важност саодговорности суда.

Међутим, из одређења које се тиче времена давања упућивања – „што је раније могуће“ (§ 139 ст. 4 реч 1 нГрпп) – произилази и могућност испуњавања

¹⁵⁹ *Stürmer* in: FS Baur, 647 (658); *ders.*, Richterliche Aufklärung, Rn. 42; *Галич* ЗбоЗГ 56 (2006), 479 (490).

¹⁶⁰ Уп. *Greger* in: Zöller, ZPO²⁶, § 139 Rn. 12.

¹⁶¹ У немачком постуку познато је, да се и одбацивање тужбе врши пресудом. То је тзв. процесна пресуда (*Prozessurteil*) чији тенор гласи: „Тужба се одбацује као недозвољена“. О односу мериторне и процесне пресуде уп. *Grunsky* ZZP 80 (1967), 55 и след.

¹⁶² Уп. *Jauernig*²⁹, § 27 II.

¹⁶³ Уместо свих *Leipold* in: Stein/Jonas, ZPO²², § 139 Rn. 101.

дужности и ван усмене расправе: пре првог рочишта, или између рочишта. Један од доста честих случајева је уочавање дефицита већ након одговора на тужбу, када суд писаним путем издаје „решење о упућивању“ (*Hinweisbeschluss*),¹⁶⁴ али није недозвољено, а ни толико ретко, да се упућивање врши и телефонским разговором између судије и адвоката пуномоћника. У таквом случају је нужно да се сачини службена белешка о томе, и она се доставља и противној странци.¹⁶⁵

Кроз разраду садржинског начина испуњавања дужности је манифестована пуна потврда њене природе и циља. Наиме, како је то заиста дужност суда, која има за циљ да се санирају дефицити узроковани пре свега правним превидима, упућивања не смеју да буду паушална и нејасна. У супротном, дужност упућивања и не може да оствари своју сврху. Стога испуњење дужности из § 139 нГрпп постоји само онда када су питања суда конкретна, и када се односе на одређене околности, изјаве и предлоге и када су недвојбено разумљива за странке.¹⁶⁶ За то је и више него репрезентативан став *нСС*, што потврђује пуну присутност мисли о сврси дужности упућивања у пракси.

Суд не испуњава своју дужност упућивања према § 139 када пре усмене расправе изда уопштена и паушална упућивања; штавише, мора да недвојбено укаже странкама на дефицитарни навод који је за њега битан за одлуку и да им пружи прилику да своје излагање у складу са тим допуне. [...] Уколико се покаже да су странке погрешно схватиле једно упућивање, онда суд мора да га прецизира и да странкама изнова да прилику за излагање.¹⁶⁷

Према томе, испуњавање дужности упућивања није питање: „Имате ли још нешто да изнесете?“¹⁶⁸ С друге стране, и механизам констатовања упућивања у списима је схваћен тако да обезбеди сврху – оно се не може у записнику констатовати са неодређеном флоскулом „потребна упућивања су дата“.¹⁶⁹

У погледу времена испуњавања дужности упућивања већ је речено да је принципијелно могуће и пре првог рочишта за усмену расправу. Захтева се да упућивање уследи „што је могуће раније“, што је свакако израз идеје о концентрацији поступка. Свакако да упућивање пре рочишта писаним путем није апсолутна дужност, али је то управо апсолутна дужност на усменој расправи. У контексту концентрације поступка, то значи пре свега да је нужно на првом рочишту поставити питања и тражити санирање дефицита, али с друге стране, у контексту апсолутне дужности суда, дакле, као израз саодговорности суда, упућивање није временски ограничено. Суд има дужност током целог поступка све

¹⁶⁴ Долази у обзир достављање електронским путем – имејлом; уп. *Greger* in: *Zöller*, ZPO²⁶, § 139 Rn. 13.

¹⁶⁵ Уп. *Leipold* in: *Stein/Jonas*, ZPO²², § 139 Rn. 101, с тим да се поред начелне допуштености поставља питање сврсисходности управо због тешкоћа са службеним белешкама.

¹⁶⁶ *Wöstmann* in: *Hk-ZPO*², § 139 Rn. 3; *Leipold* in: *Stein/Jonas*, ZPO²², § 139 Rn. 99 са упућивањем већ на праксу *ЦС*; *Wagner* in: *MünchKommZPO*³, § 139 Rn. 20; *Greger* in: *Zöller*, ZPO²⁶, § 139 Rn. 12; *Reichold* in: *Thomas/Putzo*, ZPO²⁹, § 139 Rn. 27; *Hartmann* in: *Baumbach/Lauterbach*, ZPO⁶², § 139 Rn. 24.

¹⁶⁷ *BGH* X ZR 136/02 NJW 2002, 3317.

¹⁶⁸ *Leipold* in: *Stein/Jonas*, ZPO²², § 139 Rn. 99; *Reichold* in: *Thomas/Putzo*, ZPO²⁹, § 139 Rn. 27.

¹⁶⁹ У том смислу *Leipold* in: *Stein/Jonas*, ZPO²², § 139 Rn. 103.

до закључења усмене расправе. То је од изузетног значаја за просуђивање да ли изношење процесног материјала потпада под преклузију или не, о чему ће посебно бити речи. На крају, као израз већ на редкацијском нивоу заокружене мисли о саодговорности суда је од 2001. г. предвиђено обавезно отварање закључене усмене расправе ради испуњавања дужности упућивања. Наиме, дужност суда није временски ограничена на усмену расправу у смислу да након њеног закључења она престаје. И након тога, када суд сматра да је зрела ствар за пресуђење, може се десити да установи да није испунио дужност и да због тога предмет спора није исцрпно претерсен. НГрпп изричито предвиђа да је то случај поновног отварања закључене усмене расправе, што суд мора да учини по сл. дужности (§ 156 ст. 2 нГрпп).¹⁷⁰ Ово не важи за само за првостепени суд, већ и за другостепени (призивни), с обзиром да и он има дужност упућивања.¹⁷¹ У овом случају суд не може да испуни своју дужност упућивања писаним путем, већ је нужно да одржи рочиште тим поводом.¹⁷²

7. Однос дужности упућивања и преклузија изношења процесног материјала

Реформе немачког поступка током више од једног века су, како се то и напомиње, историја ограничавања страначке владавине и јачања позиције суда. Пооштравање одговорности странака за благовремено изношење процесног материјала се и може сврстати у речено. Наиме, почетна либерална концепција је у том домену подразумевала да управо због слободе странака оне могу пресудно и да утичу на временски оквир поступка. Ненаглашавање преклузија током првостепеног поступка је имало и логично оправдање поред реченог. Тиме се јасно манифестовала мисао о непожељности евентуалне максиме. Но, временом је уочено да због постојања неадекватно изграђеног система преклузија поступци неоправдано дуго трају. Новелом из 1976. г. је темељно редефинисан модел, па је тако успостављен концепт „дужности подупирања поступка“ (*Prozessförderungspflicht*) који се конкретизовао кроз, што се тиче странака, пооштрени систем преклузија. Он до данас у основи важи. Општа је дужност странака да износе процесни материјал на усменој расправи у времену које спрам развоја поступка одговара брижљивом вођењу спора (§ 272 ст. 1 нГрпп). Уколико то није случај, процесни материјал се може одбацити уколико би према слободном уверењу суда његово узимање у обзир успорило окончање поступка и када се закашњење заснива на грубој непажњи (§ 296 ст. 2 нГрпп).¹⁷³

Питање кривице странке, па била она обична или груба непажња, просуђује се и спрам (не)држања суда и његове саодговорности. Неспорно је да неблаговремено изношење процесног материјала које је (са)узроковано и

¹⁷⁰ Уп. Reichold in: Thomas/Putzo, ZPO²⁹, § 156 Rn. 1 и след.; BGH VII ZR 136/02 NJW 2003, 1718.

¹⁷¹ У том смислу BGH VII ZR 136/02 NJW 2003, 1718.

¹⁷² Wöstmann in: Hk-ZPO², § 156 Rn. 1.

¹⁷³ С друге стране је предвиђена и преклузија за изношење процесног материјала који је требао да се изнесе у одређеном року (§ 296 ст. 1 нГрпп). То су случајеви и када суд писаним путем врши дужност упућивања.

неиспуњењем судијске дужности не сме да потпадне под преклузију. То се већ аргуентује општим концептом судијске саодговорности; суд кроз § 139 нГрпп има одговорност за санирање дефицита и у том смислу одговоран је за благовремено изношење навода и предлога. Како је речено, његова је дужност да што је могуће пре затражи санирање дефицита, али у сваком случају она је апсолутна. Према томе, онда када суд и није испунио своју дужност на време, па и поред тога странка неблаговремено изнесе процесни материјал, то је његова кривица, а не странака. У том смислу се говори о снижавању страначке дужности подупирања поступка (*Senkung der Prozessförderungspflicht der Parteien*).¹⁷⁴ С друге стране, за овакво схватање постоји и фундаменталнија аргуентација која се – што је данас и иначе општеприхваћена методологија немачке правне науке и праксе – враћа на уставноправни ниво. Наиме, како је речено, систем преклузија јесте ограничавање права на саслушање. Управо да би се одбранило постојање система у смислу уставноправне усклађености, он мора да буде сам балансиран и не сме да суштински одузима странкама њихово уставно право. Спрам тога се већ захтева уска и опрезна примена правила о преклузији. Но, тада се уз такву аргуентацију уводи у игру и идеја правне државе и њој иманентан концепт права на фер поступак (*Recht auf faire Verfahren*).¹⁷⁵ Једна од компоненти таквог концепта је и општа мисао да суд не сме да приписује странкама негативне последице сопствених грешака.¹⁷⁶ Па како је кршење дужности упућивања свакако грешка суда, преклузији процесног материјала која се саузрокована тиме никако нема места. Према томе, преклузији има места спрам права на саслушање, што је први и основи параметар испитивања, само онда када суд није саодговоран за неблаговремено изношење процесног материјала.¹⁷⁷ У супротном постоји повреда права на саслушање и тиме могућност да се по уставној жалби касира судска пресуда заснована на преклузији.

VII. Конкретизација одговорности субјеката: поступак по правним лековима

1. О систему правних лекова против мериторних пресуда

А. Призив

Немачки парнични поступак је реформом из 2001. г. битно променио система правних лекова, и то пре свега концепцију призива као редовног правног лека против првостепених пресуда. Дотадашњи призивни поступак је био, барем на

¹⁷⁴ Тако *Priütting* in: *MünchKommZPO*³, § 296 Rn. 126.

¹⁷⁵ Право на фер (правичан) поступак као људско право је у Немачкој због примата Основног закона у односу на ЕКЉП морало да буде „изграђено“ спрам првог. Тако је, иако се оно нигде не спомиње у Основном закону, *нСУС* из принципа правне и социјалне државе, у вези са правом на слободан развој личности право, формирао право на фер поступак као опште процесно људско право. В. *Leipold* in: *Stein/Jonas, ZPO*²², vor § 128 Rn. 124 и след. са даљим упућивањима.

¹⁷⁶ Ради се о изричитом ставу *нСУС* који се касније прихвата и цитира и у пресудама парничних судова поводом питања преклузије; уп. *BVerfG* 1 BvR 162/84 NJW 1987, 2003; *BGH* VII ZR 272/87 NJW 1989, 717; V ZR 231/11 NJW-RR 2012, 1291.

¹⁷⁷ Уп. *Rosenberg/Schwab/Gottwald*¹⁷, § 68 Rn. 30, 43 и след.; *BGH* VII ZR 272/87 NJW 1989, 717.

папиру, *de novo* поступак.¹⁷⁸ Реформом из 2001. г. је промењена ова вековна парадигма и функција призива се приближила аустријском моделу искључиво контролне функције. Сврха призива данас је, дакле, контрола првостепене пресуде и поступка, а не поновно одлучивање у меритуму.¹⁷⁹ Због тога је призивни суд при одлучивању принципијелно везан утврђеним чињеничним стањем из нападне пресуде. Он ипак може, и то по сл. дужности, да одступи од утврђења првостепеног суда уколико сматра да постоје сумње у правилност или потпуност утврђења, када треба сам да поново изведе доказе (§ 529 ст. 1 т. 1). У том смислу он не само да контролише већ и коригује грешке првостепеног суда.¹⁸⁰ Према схватању *нСС* то је дужности призивног суда: он не сме да узме као подлогу за сопствено пресуђење чињенично стање из првостепене пресуда ако сумња у његову правилност, и то неvezано за призивне разлоге. На тај начин долази до изражаја тежња да се онемогући пресуђење на основу неправилног чињеничног стања.¹⁸¹

Сходно новој концепцији призивни разлози су грешке суда, и то на чињеничном и правном плану. Они су стога каузалне повреде права (материјалног или процесног) или грешке у утврђењу чињеница (§ 513 нГрпп). Деле се на грешке у примени права, где спада како процесно, тако и материјално право, и на грешке у утврђењу чињеница (*arg.* § 520 ст. 3 т. 2 и 3 нГрпп).¹⁸² Како је речено, на грешке у чињеничном стању призивни суд пази по сл. дужност. Исто је и за питање контроле примене материјалног права, док у погледу контроле примене процесног права призивни суд пази по сл. дужности само на – у нашој терминологији – апсолутне процесне претпоставке.

И поред преобликовања призива постоји још увек могућност истицања нових чињеница и доказа. Заправо, новоте су начелно забрањене, али су предвиђени значајни изузеци. Тако, оне су допуштене (§ 531 ст. 2 реч. 2 нГрпп): ако призивни суд другачије квалификује спор од првостепеног суда, па су новоте због тога – да су биле изнете – биле небитне за првостепени суд (т. 1); ако су новоте последица повреде поступка од стране првостепеног суда (т. 2); и на крају, ако се новоте нису могле без кривице странке да се изнесу у првостепеном поступку (т. 3).

Уколико је призив дозвољен и образложен, о њему се одлучује увек на основу усмене расправе.¹⁸³ Призивни суд у том случају може призив да усвоји и

¹⁷⁸ О ранијем призивном систему *A. Blomeyer*, § 103, нарочито III; на српском в. *Кеча*, Редовни правни лекови, 93 и след. За квалификацију да је он раније само на папиру било потпуно ново расправљање у меритуму уп. *Rosenberg/Schwab/Gottwald*¹⁷, § 138 Rn. 31.

¹⁷⁹ Уместо свих *Rosenberg/Schwab/Gottwald*¹⁷, § 133 Rn. 16, 21, § 138 Rn. 31.

¹⁸⁰ Уп. *Rosenberg/Schwab/Gottwald*¹⁷, § 138 Rn. 40.

¹⁸¹ Тако *Greger BRAK-Mitteilungen* 2005, 150 (153), који и подржава овакав курс праксе.

¹⁸² Уп. *Rosenberg/Schwab/Gottwald*¹⁷, § 138 Rn. 32 и след.

¹⁸³ Изузетак је 2001. г. новоуведено, касније само модификовано, одбацивање призива без усмене расправе када је призивно веће једногласно утврдило да призив очигледно нема изгледа за успех, да ствар нема начелни значај, да унапређење права или обезбеђивање јединствене судске праксе не захтева одлуку призивног суда и да нема потребе за усменом расправом; тада је нужно да се пре одбацивања призива странке обавести о намери суда и да се остави рок за изјашењење улагачу призива (§ 522 ст. 2 нГрпп). Но, у сваком случају и против решења о оваквом одбацивању странци стоји на располагању правни лек који би имала да се мериторно одлучило о призиву (нови § 522 ст. 3 нГрпп).

укине пресуду, и по правилу треба да је замени својом; само изузетно ће уз укидање пресуде вратити предмет првостепеном суду на нов поступак. Уколико је призив неоснован, доноси се призивна пресуда којом се потврђује првостепена.

Б. Ревизија

Ревизија је редован правни лек против призивних пресуда, о којем одлучује *нСС*. Данас је ревизија правни лек који служи пре свега општим интересима – разјашњавању начелних правних питања, унапређењу права и уједначавању судске праксе. Тек кроз задовољење општих интереса се и остварује материјалноправна правичност, тј. штите се чисто страначки интереси.¹⁸⁴

Ревизијски разлози су само каузалне повреде права – материјалног или процесног (§ 545 ст. 1 *нГрпп*); чињенична утврђења у смислу оцене доказа принципијелно не могу бити предмет ревизијске контроле, па је у том смислу ревизијски суд везан чињеничним утврђењима из призивне пресуде.¹⁸⁵ Повреде процесног права се деле, слично као и за призив, на апсолутне повреде – тзв. апсолутни ревизијски разлози, и битни недостаци поступка, што би биле релативно битне повреде у домаћој терминологији. Само на последње ревизијски суд не пази по сл. дужности, па је потребно да их ревидент истакне, и да наведе чињенице на којима се оне заснивају.

У случају основаности ревизије одлучује се по правилу касаторно, и то враћањем ствари, опет по правилу, призивном суду (§ 563 ст. 1 *нГрпп*). Само уколико је предмет зрео за пресуђење ревизијски суд доноси пресуду којом одлучује и о предмету спора (§ 563 ст. 3 *нГрпп*). Но, мора се напоменути да се у немачком праву пресудом одлучује увек када је претходило усмено расправљање како у меритуму, тако и о дозвољености тужбе,¹⁸⁶ па тако и ревизијски суд одбације тужбу пресудом уколико установи да је она недопуштена.

2. Одговорност за идеално чињенично стање у контексту призива

А. Повреда § 139 *нГрпп* као призивни разлог

Сходно концепцији расправног начела странке су одговорне за постављање тврдњи и предлагање доказа. У том смислу начелно и пресуда која је донета упркос овим дефицитима није резултат нити погрешне примене материјалног права, нити постоји непотпуно чињенично стање. Но, због значаја дужности упућивања и уопште концепта саодговорности суда, такве пресуде могу бити донете уз повреду §

¹⁸⁴ Овакво схватање се изводи из допуштености ревизије, с обзиром да се данас присутан само систем ревизије по допуштењу; уп. *Jauernig*²⁹, § 74 I са даљим упућивањима.

¹⁸⁵ Од оваквог принципијелног правила постоје изузеци које је изградила пракса и доктрина, па тако чињенични закључци призивног суда подлежу контроли нпр. када су при оцени доказа повређена правила логике или животног искуства; тада се то карактерише као повода § 286 *нГрпп* (принцип слободне оцене доказа); уп. *Rosenberg/Schwab/Gottwald*¹⁷, § 142 Rn. 12 са даљим упућивањима.

¹⁸⁶ Уп. *Schilken*⁶, Rn. 566; на српском уп. *Бодирога*, Међупресуда, 309 и след.

139 нГрпп. Уколико првостепени суд, примера ради, није тражио од тужиоца допуну својих тврдњи, већ је одмах донео пресуду због неконклузивности, таква пресуда се укида се по призиву укида. Још је значајнија повреда § 139 нГрпп када се ради о пресуди изненађења; суд доноси, опет примера ради, пресуду због неконклузивности а тужилац очито полази од другачије правне квалификације спора.

Поведа § 139 нГрпп представља у смислу призивног разлога повреду процесног права на коју призивни суд не пази по сл. дужности, што би одговарало код нас релативно битној повреди поступка. Неопходно је да је призивни тужилац (улагач призива) посебно истакне као призивни разлог. Према § 520 ст. 3 т. 2 нГрпп потребно је да се наведу околности које се односе на повреду права као призивни разлог, што значи у овом случају да је неопходно да се наведе конкретно шта би странка навела или предложила да је била испуњена дужност упућивања.¹⁸⁷ Само на тај начин се и може показати каузалност грешке суда за мериторно пресуђење. С друге стране, такви наводи су уједно и новоте које су допуштене, јер се њихово изношење тек у призиву заснива на процесној грешци првостепеног суда (§ 531 ст. 2 реч. 2 т. 2 нГрпп). Уколико призивни суд сматра да постоји повреда § 139, он на својој расправи узима у обзир новоте и расправља о њима, па у том смислу санира првостепену грешку. Ипак, постоји и могућност да се предмет врати првостепеном суду, уколико се очекује опсежно или скупо доказивање (§ 538 ст. 2 т. 1).

Б. Дефицити тврдњи услед погрешне правне оцене првостепеног суда

Идеја о обезбеђивању права на саслушање и испуњење циља дужности упућивања се не исцрпљује само у санирању директно каузалног кршења § 139 нГрпп од стране првостепеног суда. Целокупан призивни систем је изграђен тако да се обезбеди у потпуности смисао судијске дужности упућивања као института, односно да се доследно спроведе идеја о саодговорности суда. Наиме, могуће је да првостепени суд погрешно у својој правној квалификацији спора и да због тога и не испуни дужност упућивања; због своје погрешне правне оцене за њега и не постоје дефицити – пре свега дефицит тврдњи, потом и дефицит доказних предлога. Призивни суд испитује по сл. дужности „потпуност“ чињеничног стања у том смислу да спрам своје правне оцене испитује да ли су утврђене све битне чињенице. У назначеном случају он заправо види да постоји дефицит тврдњи и уједно изостанак упућивања у првостепеном поступку. То је наравно последица тога што првостепени суд и није био свестан да постоји дефицит, па и није сматрао да постоји потреба за упућивањем. Уколико је он саодговоран за дефицит, па се таква

¹⁸⁷ *Leipold* in: Stein/Jonas, ZPO²², § 139 Rn. 120; *Reichold* in: Thomas/Putzo, ZPO²⁹, § 520 Rn. 22; *Wöstmann* in: Hk-ZPO², § 520 Rn. 24; *Greger* in: Zöller, ZPO²⁶, § 139 Rn. 20; *BGH* III ZR 253/07 NJW 2009, 148; изричито *BGH* XI ZR 153/02 NJW-RR 2003, 1003: странка мора да постави конклузивне наводе у призиву које би истакла да је била упућена.

грешка и приписује њему.¹⁸⁸ Призивни суд тада има дужност да обавести странке, и то благовремено (по правилу писано, пре призивног рочишта), да не полази од правног схватања првостепеног суда и да их упути да спрам његовог схватања допуне наводе и предложи доказе. То је готово јединствено схватање како теорије,¹⁸⁹ тако и ревизијског суда. У основи то није ништа друго до идеја о забрани пресуда изненађења: ако призивни суд тако не поступи и донесе пресуду на основу дефицита, он сам повређује § 139 ст. 2 нГрпп и доноси пресуду изненађења, па у том смислу и редовно крши право на саслушање странака.

Како *нСС* и сам истиче, постоји устаљена пракса његових већа да странка која је успела у првостепеном поступку сме да се поузда да ће од призивног суда добити благовремено упућење када он у једном пресудном аспектима не жели да следи схватање првостепеног суда, и када због тога сматра да је потребна допуна навода и доказних предлога.¹⁹⁰ Класичан пример је усвајајућа пресуда, када према правној оцени призивног суда тужба заправо није конклузивна због дефицита тврдњи.

Оваква грешка првостепеног суда се са интензивним наглашавањем не карактерише као битна повреда поступка, и у том смислу кршење § 139 нГрпп, већ се ради о погрешној правној оцени, дакле о погрешној примени материјалног права. У складу са домаћом терминологијом, ради се о непоптуном чињеничном стању узрокованом погрешном правном оценом. Такво инсистирање има и своје оправдање. Наиме, сврха је онемогућавање да призивни суд врати предмет првостепеном суду и да избегне допуну поступка коју сам треба да предузмете.¹⁹¹ Јер, укидање и враћање првостепеном суду долази у обзир само у случају битне повреде поступка, дакле када је повреда била непосредно каузална. У случају да је првостепени суд погрешно оценио спор, па да зато и није испуњавао дужности упућивања, ради се – у резултату – о само погрешној правној оцени, па такву грешку мора неизоставно да санира призивни суд тако што ће сам указати странкама на дефиците и омогућити им да их отклоне новим тврдњама и доказним предлозима. Но, нема сумње да је целокупан систем усмерен на то да странке не буду оштећене и да им обезбеди право на саслушање. Дакле, разлика која проистиче из инсистирања на појмовном одређењу повреде § 139 нГрпп је само инспирисана економичношћу. Свакако се грешка првостепеног суда у виду неиспуњавања дужности упућивања због погрешне правне оцене мора санирати, и то по сл. дужности. Странке никако нису оштећене.

¹⁸⁸ У том смислу *Gummer/Heßler* in: *Zöller, ZPO*²⁶, § 531 Rn. 28; *Kayser* in: *Hk-ZPO*², § 531 Rn. 7; *BGH V ZR 148/05 NJW-RR 2006, 1292*; *VII ZR 173/03 NJW-RR 2005, 167 = MDR 2005, 206*; *III ZR 147/03 NJW-RR 2004, 927*; уп. *Rosenberg/Schwab/Gottwald*¹⁷, § 138 Rn. 51 аЕ: ако су странке усмериле своје наводе спрам правног схватања првостепеног суда, онда им се дефицити не могу приписати у кривицу.

¹⁸⁹ *Reichhold* in: *Thomas/Putzo, ZPO*²⁹, § 531 Rn. 14; *Greger* in: *Zöller, ZPO*²⁶, § 139 Rn. 6; *Gummer/Heßler* in: *Zöller, ZPO*²⁶, § 531 Rn. 28; *Albers* in: *Bumbach/Lauterbach, ZPO*⁶², § 531 Rn. 14; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*¹⁷, § 138 Rn. 51; *Wöstmann* in: *Hk-ZPO*², § 139 Rn. 4.

¹⁹⁰ *BGH II ZR 212/10 NJW 2012, 3035 = JZ 2012, 663*; *IX ZR 240/07 MDR 2011, 39*; *VII ZR 113/09 NJW 2010, 3089*; *IV ZR 32/05 NJW-RR 2006, 937 Rn. 4*, са упућивањем на друге објављене одлуке.

¹⁹¹ Тако очито *нСС* резонује, с обзиром да наглашава да је враћање предмета на даљи првостепени поступак изузетак од правила да призивни суд треба уз одлучивање о призиву и сам мериторно да пресуди; *BGH IX ZR 150/11 NJW-RR 2012, 1207 Rn. 14*.

3. Одговорност за идеално чињенично стање у контексту ревизије

Ревизија је редован правни лек против призивних пресуда која се може изјавити само због каузалне повреде права – процесног или материјалног. У том смислу повреда § 139 нГрпп као ревизијски разлог долази у обзир само ако је призивни суд учинио повреду. Могуће су две ситуације. Прво, да је већ првостепени суд повредио § 139 нГрпп, да се у призиву истакла ова грешка као разлог, али да је призивни суд сматрао погрешно да нема повреде. Тиме је и он сам повредио закон и ревизијски суд ће укинути призивну пресуду.¹⁹²

Друга ситуација је нешто компликованија, али и много важнија. У призиву се уопште не спомиње повреда § 139 нГрпп, али призивни суд уочава да је првостепени суд пошао од погрешне правне оцене спора и да због тога и није испунио дужност упућивања; битни аспекти спора, дакле, нису били предмет расправе у првостепеном поступку. Како је речено, призивни суд тада има дужност да странкама стави до знања да су потребне нове тврдње и докази. Ако то не учини, па донесе пресуду управо због таквих дефицита, он сам крши § 139 нГрпп и по редовном току ствари доноси пресуду изненађења: странка се поузда тиме што призивни суд ништа даље од њих не тражи да ће и он поћи од правног схватања првостепеног суда; због тога је и таква пресуда призивног суда за њу изненађење и представља у исходишту негацију основне замисли о фер поступку као уставноправној категорији и кршење права на саслушање.

Ради се о владајућем схватању доктрине и праксе. Како већ и наведено, ревизијски суд захтева и од призивног суда да испуњава дужност упућивања, и у односу на њега, логично, важи забрана пресуде изненађења. Основна мисао је да се обезбеди право на саслушање што би кроз пресуду изненађења било повређено.¹⁹³

Ревизијски суд обавезно укида пресуду и враћа је призивном ради утврђивања и расправљања оних чињеничних навода који би се и утврдили да није било повреде § 139 нГрпп.

На крају, у контексту одговорности за идеално чињенично стање се мора споменути и – у складу са домаћом терминологијом – непотпуно чињенично стање у смислу ревизијског поступка. Наиме, ради се о ситуацији да су и првостепени, и призивни суд пошли од погрешног правног схватања, и да спрам тога постоје дефицити тврдњи које нису ни опазили; због тога и није испуњавана дужност упућивања. У сваком случају, пресуда призивног суда није пресуда на основу терета тврдње, већ „класична пресуда“. У таквој ситуацији, без обзира на ревизијске наводе, пресуда призивног суда се укида. Наиме, ревизијски суд пази на „правилну примену материјалног права“ по сл. дужности. Он испитује призивну пресуду у смислу да ли из утврђеног чињеничног стања, према правилној правној оцени,

¹⁹² Уп. *Rosenberg/Schwab/Gottwald*¹⁷, § 141 Rn: 57; *BGH XI ZR 199/95 NJW 1996, 2734 = BGHZ 133, 36.*

¹⁹³ Аргумент који *нСС* истиче је управо уставно право на саслушање (чл. 103 ст. 1 нОЗ); в. претходну фн.

§ 9

произилази њена исправност. По правилу ће бити битно да ли је чињенично стање спрам правног схватања ревизијског суда непотпуно и да ли је призивни суд морао да упути странке.¹⁹⁴ Уколико је то случај, ревизијски суд укида пресуду и не може да донесе сопствену мериторну одлуку. Изричит услов за то је управо да је и поред постојања повреде материјалног права ствар зрела за пресуђење (§ 563 ст. 3 нГрпп). У том смислу се и истиче да је санирање повреде материјалног права од стране ревизијског суда могуће само ако је по среди чиста супсумциона грешка, што подразумева да спрам релевантних норми не постоји потреба за даљим чињеничним утврђењима.¹⁹⁵ Овакво реаговање ревизијског суда на непотпуно чињенично стање свакако да има оправдање, и то је управо мисао о забрани пресуде изненађења. Када би он у том случају донео пресуду и окончао спор, то би била пресуда на основу терета тврдње, којој се странке нису ни надале, јер су и имале другачију перцепцију спора. Са овим закључком се на крају и види да је концепт саодговорности суда у потпуности заокружен.

¹⁹⁴ *Kayser* in: *Hk-ZPO*², § 563 Rn. 14; *BGH I ZR 13/95 NJW 1997*, 3440; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*¹⁷, § 145 Rn. 10

¹⁹⁵ Уп. *Reichold* in: *Thomas/Putzo, ZPO*²⁹, § 563 Rn. 13; *Albers* in: *Baumbach/Lauterbach, ZPO*⁶², § 563 Rn. 11.

§ 10 Аустријски парнични поступак из 1895. г.

I. Историјски и методолошки контекст *Клајнове* реформе

Революционарни успех *Клајове* реформе аустријског парничног поступка данас је опште место и ноторна чињеница. Исто тако, и његова мисао о активном и саодговорном суду на плану прикупљања процесног материјала је данашње опште добро германског, или и шире, континенталног правног круга. Успех *Клајна* се, међутим, може разумети и исправно схватити само спрам – како то *Бем* назива – „позадине аустријског сценарија“, који је различит од немачког.¹

Маркантном тачком развоја аустријског процесног права треба означити владавину *Марије Терезије* и њена настојања да кодификује парнични поступак и тиме створи јединствено уређење за све земље монархије.² Резултат напора није дочекала, с обзиром да је тек након њене смрти 1781. г донет. Општи судски поступак (аОСП), којим је унификован парнични поступак за све аустријске наследне земље.³ Недуго затим, донет је западногалицијски Општи судски поступак, готово идентичан са аОСП.⁴ Нов поступак је почивао на начелима писаности, тајности (нејавности), посредности и везаној оцени доказа, и представљао је типичан поступак општег права. Штавише, из данашње перспективе он се означава као технички најдотеранија, али и последња кодификација општег поступка.⁵ Писаност поступка, али и развој доктрине општег права утицали су на стварање модела чије је обележје пасиван судија, и у ком су странке владари. Другим речима, што се тиче сакупљања процесног материјала, важило је готово чисто расправно начело, што је већ и за време његовог важења напомињано. Тако *фон Шрутка* (*v. Schrutka*) истиче да је расправно начело консеквентно спроведено, и то највише у односу на друга процесна права.⁶ Одредбе које су предвиђале какву-такву активност суда су под снажним утицајем доктрине општег права након *Генера* тотално занемарене,⁷ што је касније дало повода *Менгеру* да драстично опише положај судије као поквареног сата који мора да се продрма да би поново на кратко радио.⁸ Једном речју, поступак је одговарао слици коју је давала тадашња владајућа

¹ *Böhm Ius Commune VII* (1978), 136 (158).

² О томе више *Canstein*, *Lehrbuch I*, 152 и след.

³ *Fasching*², Rn. 34: аОСП је закаснио плод реформских настојања *Марије Терезије*.

⁴ Првобитно је важио за територије Западне Галиције и Буковине, а потом и у Форарлбергу, Тиролу, Салцбургу, Истри и Далмацији; уп. *Fasching*², Rn. 34.

⁵ *Fasching*², Rn. 31, 34.

⁶ *v. Schrutka*, *Zeugnisspflicht und Zeugniszwang im österreichischen Civilprocesse* (1879), 131.

⁷ Уп. *Sprung/König JBl* 1976, 1 (2 Fn. 22 са даљим упућивањима); *Oberhammer* in: *Konfliktvermeidung und Konfliktregelung*, 32 (34, 37).

⁸ *Menger*, *Bürgerliches Recht und besitzlose Volksklassen*³, 32; уп. *Oberhammer* in: *Konfliktvermeidung und Konfliktregelung*, 32 (36).

доктрина општег права – максима *iura novit curia* у „ригорозној подели рада између суда и странака“.⁹

Овакво стање свакако је на први поглед нелогично с обзиром на духовне идеје тог времена, пре свега модела државе. Екстремно либерални поступак и индивидуалистички приступ свакако да се не уклапа у време просвећеног апсолутизма и улоге државе у „јозефинском добу“. Но, чини се да с правом *Фашинг* закључује да апсолутизам није толико утицао на сам парнични поступак – изузев примера Пруске свакако – колико на организацију правосуђа. Утолико се може оправдати чињеница да је у време када је донет аОСП он био неодговарајућ спрам идеологије, и није успео да превлада либералну доктрину општег права.¹⁰ С друге стране, данас се истиче да су већ у време доношења аОСП његове идеје биле превладане, мислећи тиме како на продор слободне оцене доказа, тако и на положај суда и питања сакупљања процесног материјала; с једне стране, већ се у време доношења пледирало за слободну оцену доказа,¹¹ док је с друге стране пруски ОСП учинио први искорак у правцу разбијања концепта страначке владавине. Барем што се тиче последњег аспекта, таква оцена је оправдана из данашње перспективе, јер не треба заборавити да је пруски концепт у том времену изузетно негативно оцењиван, и да је због незадовољавајућих резултата већ у Пруској убрзо и напуштен. Оно што је битније јесу резултати аОСП, односно ближе његова немогућност да удовољи потребама убрзаног развоја друштва које се све јаче приближавало индустријском.¹² Због тога се захватима у погледу појединих врста поступака донекле покушало решавање проблема, закључно са *Глазеровим (Glaser)* Багателним поступком из 1873. г., заснованим на начелима усмености, непосредности, јавности и слободне оцене доказа. Тај први модеран закон Аустрије послужиће као добар узор *Клајну*. Но, општа дијагноза незадовољства се није побољшала наведеним палијативним мерама, а доношење немачког Грпп 1877. г. додатно ју је појачало. Тако се већ од 1860. г. перманентно ради на реформи, па је до *Клајновог* рада израђено шест нацрта, с тим да су последња два у потпуности следилац немачки узор.¹³ Ипак, ниједан од нацрта није постао закон.

Ако се има у виду наведено, идеје *Клајна* и успех његовог подухвата је разумљив, али је разумљив и његов напор у *Pro futuro*. Оно што у њему наводи и против чега се бори је управо аОСП као неадекватно средство у тадашњем друштву, али и искварена доктрина општег права, пре свега у погледу расправног начела.

Међутим, није само тадашња револуционарна идеја *Клајна*, који је први успео да је уобличи кроз законски текст, довела до његовог успеха, као што се врло

⁹ *Sprung/König* JBl 1976, 1 (3).

¹⁰ Уп. *Oberhammer* in: *Konfliktvermeidung und Konfliktregelung*, 32 (39): аОСП није успео да побегне од доктрине општег права.

¹¹ Уп. *Canstein*, *Lehrbuch I*, 177, који наводи аргументе тадашње кодификаторске комисије против захтева за увођење слободне оцене доказа; један од њих је био позивање на руски закон: он је послужио као мустра, и наводило се да је царица *Катарина* искључила судијску слободну оцену с позивом на *Монтескјеову* максиму уопште; дакле, мисао о ограничавању судијске слободе у погледу тумачења закона је прената и на питање оцене доказа.

¹² *Fasching*², Rn. 34

¹³ *Fasching*², Rn. 35.

често истиче у литератури. Тако *Фашинг* успех везује и за „срећан стицај различитих услова“, који нису били само они који имају концепцијски, на крају и идеолошки значај. Исто тако је повољно утицала и чињеница да немачки Грпп није дао очекиване резултате, пре свега у погледу брзине поступка, па је тако *Клајн* могао да уочи недостатке.¹⁴ Такође, што је нарочито важно за наше данашње стање, и можда би могло да нама буде од користи, вишедеценијски неуспеси реформе у погледу шест нацрта закона довели су до незаинтересованости политичких снага и тиме отворили пут стручњацима у потрази за исправним решењима.¹⁵ Због тога се створила повољна клима за усвајање решења који су одговарали друштвеним променама, али која су изгледа ишла и испред свог времена, па је управо због тога аустријски поступак још увек модеран и узоран. Развој немачког поступка, и пре свега развој идеје о правој мери расправног начела, то без сумње показује.

Конечно, „аустријски сценарио“ се показује, на шта *Бем* указује, на идеолошком плану. Наиме, ОГЗ из 1811. г. је потекао из преиндустријског доба и он сам и није могао да буде ослонац за либералистичко схватање приватног права. Уз „јозефинске струје“¹⁶ које никада и нису утихнуле, створено је погодно тле за спровођење *Клајнових* замисли. Такав поступак је одговарао друштвеннополитичком систему државне интервенције из социјалних разлога.¹⁷

Успех *Клајнових* настојања данас је општепознат – то је први „социјални“ поступак, парадигма данашњег поступка социјалне правне државе. Колико је оригиналности у његовим идејама, није толико ни битно, већ колико његов успех да заокружи једну идеју, преточи је у закон, који је на крају дао резултате, и још увек их даје.¹⁸ У том контексту треба на крају истаћи и једну страну која до сада није наишла на пажњу доктрине – можда зато што се подразумева у Аустрији и Немачкој –, али која је од фундаменталног значаја, нарочито за наше домаће стање. Наиме, једно од главних средстава за постизање свог циља *Клајн* је видео у неопходности промене догме доктрине општег права у погледу идентитета материјалноправне слободе располагања и располагања чињеницама, односно прецизније речено пасивности суда. Његова оштра критика у служби је преобраћања теорије, којој намењује главну улогу у постизању резултата; спрега науке и законодавца је од непроцењивог значаја, при чему прва има пресудну улогу. Због тога је *Pro futuro* отворени позив науци, што најбоље одсликавају следеће реченице.

Прво треба разбити догму и доктрину отуђену од народа, па тек је онда час за законодавца, то је задатак науке. Тек када нашим правницима диспозиција приватним правом и суверенитет у погледу процесног института не буду више

¹⁴ Уп. и *Rechberger R. L. R.* 25 (2008), 101 (104).

¹⁵ *Fasching*², Rn. 35.

¹⁶ Дакле, мисао о одређеној ауторитативности и негирању екстремног либерализма.

¹⁷ *Böhm Ius Commune VII* (1978), 136 (158). За показивање „ауторитативних нота“ код *Клајна* уп. *Oberhammer* in: *Konfliktvermeidung und Konfliktregelung*, 32 (47). Ипак, и сам *Клајн* је касније указивао на претеривања критичара који су поистовећивали његов модел „парнице као установе јавног добра“, где зарад те идеје постоји активан суд, и модела полицијске и аполутистичке државе; уп. *Klein/Engel*, 191.

¹⁸ За питање оригиналности *Клајнових* идеја и његовој суштинској историјској заслуги уп. *Fasching* in: *FB Klein*, 97 (101/102 са даљим упућивањима).

једно, тек је тада дошао час за законодавца. Без таквог претходног унутрашњег превладавања старог погледа је увођење нових, на новим и другачијим схватањима заснованих правних норми, безуспешан труд; стара мишљења исисавају новим институцијама најбољу моћ, и чине их неспособним за потврђивање пуним животом. Као и дата или иначе дуго негована животна схватања, политичка гледишта и сл., тако и таква учења имају једну привлачну силу у односу на целокупне новонаступеле ствари у оквиру представе индивидуе. Ова тенденција асимилације је дубоко психолошки заснована. Једна нова мисао која значи напуштање или снажну промену наших погледа и просуђивања стечених преко једног одређеног питања, претходно није добродошла просечном интелекту, и он увек настоји да у таквом случају што више спаси од претходног у односу на ново [...] Преобраћање ка новом, исправном мишљењу не сме да почне тек у данима *vacatio legis* новог закона.¹⁹

Потврда наведене „методологије“ јесте брзо објављивање *Pro futuro* у виду и засебне монографије,²⁰ потом мало након ступања на снагу закона предавања у Лајпцигу²¹ и Бечу,²² у којима се изнова потенцира основна идеја и концепција поступка – измењено схватање поступка. У истом тону је и постхумно издање приказа аустријског парничног поступка.²³ И период *vacatio legis*-а није протекао у пасивности правосудне управе са друге стране, већ је Министарство реформу правосуђа, која је била повезана са процесном реформом, брижљиво припремила и спровела, тако да су тешкоће при ступања на снагу процесних закона биле сведене на минимум.²⁴

II. Спровођење идеја *Клајна* у законски оквир; одредбе аГрпп о сакупљању процесног материјала

Клајнов предлог закона је претрпео одређене измене у законодавном поступку, које међутим нису довеле у питање његове основе идеје. Закон је усвојен 1895. г., а ступио је на снагу 1898. г., заједно са другим системским законима грађанског процесног права. Оно што је најмаркантнија карактеристика његовог важења јесте немењање основног концепта у виду сакупљања процесног материјала. Идеја о активном и саодговорном суду не само да није доведена у питање, већ је на редакцијском плану ојачана.

Нов закон неспорно је имао за основу нГрпп, што је видљиво из низа одредаба, као и појединих института. Ипак, идеје *Клајна* које је најавио у *Pro futuro* унете су у аГрпп и јасно представљају суштинску различитост у односу на „узор“. Поред судског кретања парнице, с обзиром на тему овог рада, овде ће се навести

¹⁹ *Pro futuro*, JBI 1890, 543.

²⁰ *Pro futuro* (1891).

²¹ *Zeit- und Geistströmungen im Prozesse* (1901).

²² *Vorlesungen über die Praxis der Civilprozeßordnung* (1900).

²³ *Klein/Engel, Der Zivilprozeß Oesterreichs* (1927). Ради се о књизи која је део серије „Грађанско процесно право културних држава“, која је замишљена као „једна припрема за немачку процесну реформу“ (*Wach/Kisch/Mendelsohn Bartholdy/Pagenstecher* (Hrsg.), *Das Zivilprozessrecht der Kulturstaaten, Ein Vorarbeit zur deutschen Prozeßreform*).

²⁴ *Fasching* in: *100 Jahre österreichische Zivilprozeßgesetze*, 17 (19).

само спровођење идеја *Клајна* које се тичу расправног начела, односно сакупљања процесног материјала.

Као ни немачки узор, ни аГрпп не садржи одредбе које се односе на начела поступка. Тако нешто је било стране тадашњој законодавној методологији, а она се много касније и везује за социјалистички приступ.²⁵ С друге стране, баш као ни у нГрпп нема одредбе која регулише питање везаности суда за страначке тврдње. У погледу везаности за доказне предлоге, готово све одредбе које спомињу доказивање претпостављају да се докази изводе на предлог странака. Принципијелна потреба доказивања је изричито регулисана, па се тако изричито признате тврдње не требају доказа (§ 266 ст. 1 аГрпп). На крају, у правцу потврде важења расправног начела иду и одредбе о пропуштању странака које може водити пресудама због пропуштања; наводи противника се узимају као истинити (§ 396 ст. 1 аГрпп).

Суштинска разлика у односу на изворни нГрпп је у активирању судије, делу реформе коме је и посвећена највећа пажња његовог аутора. Тако се у § 182 аГрпп предвиђа обавеза суда да својом активношћу допринесе истинитом утврђењу. Он непромењено још увек гласи:

Председник већа ће на усменој расправи постављањем питања или на други начин радити на томе, да се изнесу чињенични наводи битни за одлуку, или да се допуне недовољни наводи о околностима које служе за образложење или побијање захтева, да се означе или допуне докази за ове наводе и уопште да се дају сва разјашњења која су потребна за истинито утврђење чињеничног стања у погледу изнесених права и захтева странака.

Новелом из 2002. г. је додат нов § којим је изричито забрањена пресуда изненађења (§ 182а аГрпп). С друге стране, као и један од метода испуњавања дужности из § 182 ст. 1 аГрпп је и овлашћење суда да изводи доказе по сл. дужности (§ 183 ст. 1 аГрпп). Изузетак су исправе и сведоци, с обзиром да сагласност странака у погледу неизвођења ових доказа везује суд и онемогућава га да их изведе по сл. дужности (§ 183 ст. 2 аГрпп).

Веома важан аспект аустријског модела који се тиче сакупљања процесног материјала јесу и преклузије током првостепеног поступка и принципијелна забрана новота у правним лековима (призиву и ревизији). Сходно *Клајновој* концепцији о нужности баланса између захтева за исправним пресуђењем с једне стране, и брзим окончањем спора с друге стране, већ изворни аГрпп предвиђа овлашћење првостепеног суда да не уважи закаснеле наводе и доказне предлоге. Данас је измењена ова одредба утолико што су модификовани услови за преклузију (§ 179 аГрпп). Закључењем првостепене усмене расправе наступа начелна забрана изношења процесног материјала – забрана новота у правним лековима (§§ 482, 504 ст. 2 аГрпп).

²⁵ Тако *Fasching*², Rn. 635.

III. Данашање схватање поступка

Ако се посматра аустријска доктрина од *Клајна* па све до данас, може се слободно констатовати „верност његовом концепту“, и уопште схватању поступка. Фундаменталне поставке остале су непромењене, барем што се тиче циља поступка, улоге и положаја суда, и на крају, одговорности субјеката за прикупљање процесне грађе. У циљу поступка је још увек наглашена „јавноправна“ компонента, па је поред индивидуалне правне заштите као циљ истог ранга и онај који је друштвено детерминисан; то је с једне стране *Клајнов* задатак обезбеђења јавног добра²⁶, али и с друге стране обезбеђивање правног мира.²⁷ Социјални моменти схватања поступка, пре свега, наилазе на своју потврду у погледу активирања судије на прикупљању процесног материјала; у супротном смеру, то значи да такви моменти подразумевају расподелу одговорности између суда и странака. Ублажавање одговорности странака тако на основу решења за поједине кризне ситуације води ка „типичном аустријском процесном схватању“,²⁸ које би требало да што више води бригу о странкама и њиховим интересима. Средство за то је материјално управљање парницом у виду дужности упућивања (§§ 182 и след. аГрпп). Према томе, парнични поступак као инструмент пружања индивидуалне правне заштите и решавања социјалних конфликта, у којем се брзо, јефтино и једноставно долази до материјалноправно исправне пресуде, основна је идеја савремене аустријске доктрине. У њој, од *Клајна* па до данас, наглашавање тежње ка утврђивању истине заузима једно од централних места.²⁹

Разлози за верност *Клајновом* схватању нису (само) питање традиције и националног поноса, мада се у одређеној мери то може рећи за поједине сегменте учења. Они су суштинске природе, и условљени су још увек актуелном мисли о социјалном аспекту поступка. У том смислу заиста са правом *Рехбергер* (*Rechberger*) назива *Клајна* процесним пророком, првенствено због формулисања тезе о активном судији; штавише, по њему, не само да је она данас актуелна и још увек модерна, већ је и будућа.³⁰ Због тесне везе схватања поступка и самог модела државе, мисао о активном судији на плану сакупљања процесног материјала и његовој саодговорности је изразито присутна у савременој аустријској доктрини, исто као и неодвојивост таквог процесног концепта и задатака правосуђа једне

²⁶ *Holzhammer*, 8; *Fasching*², Rn. 45; *Ballon*¹², Rn. 7; *Böhm* Ius Commune VII (1978), 136 (157 и след.); *Rechberger/Simotta*⁷, Rn. 21, 403.

²⁷ Уп. *Fasching* in: *Fasching*, Kommentar I², Einl. Rn. 15, који нарочито наглашава овај циљ поступка кроз доста чврсто уређену правноснажност. Уп. и *Ballon*¹², Rn. 7; *ders.* ZZP 96 (1983), 409 (424 и след.); *Rechberger/Simotta*⁷, Rn. 21.

²⁸ Тако *Oberhammer* in: *Konfliktvermeidung und Konfliktregelung*, 34 (57), назива пре свега *Фашингову* мисао, коју на крају и сам дели, а преузимају је и други; в. *Schumacher*, 36; *Schrägel* in: *Fasching/Konecny*, Kommentar II/2², §§ 182, 182a Rn. 13 Abs. 5.

²⁹ Уп. *Klein/Engel*, 199 и след.; *Rassi* ZZP 121 (2008), 165 (185 и след.); *Rechberger* R. L. R. 25 (2008), 101 (102); *Kralik* in: *FB Klein*, 89 (89); *McGuire* in: *Soziale Dimension des Zivilrechts*, 99 (104, 107 и след.)

³⁰ *Rechberger* in: *100 Jahre österreichische Zivilprozeßgesetze*, 55 (57); уп. и *ders.* R. L. R. 25 (2008), 101 (104, 110). Исто и из немачког угла *Gottwald* in: *100 Jahre österreichische Zivilprozeßgesetze*, 179 (195): „*Клајнова* коцепција је и данас још увек модерна и будућа.“

социјалне и правне државе.³¹ Једном речју, враћање на (чисто) расправно начело не долази у обзир, првенствено спрам улоге парничног поступка, која је опет у исходишту детерминисана схватањем државе. У резултату је *Клајново* схватање зацементирано на дужи временски период. Тиме се само потврђује теза о зависности схватања поступка свакодобним временским и духовним струјама, те основним гледиштем о односу појединца и заједнице.

С друге стране, практични резултати *Клајнове* концепције још увек су видљиви, првенствено у контексту вечитог питања парничног поступка, а то је његово трајање. Иако је свој врхунац достигао непосредно након почетка примене,³² аГрпп и данас у поређењу са системима других земаља показује надмоћ.³³ Због тога и није било потребе да се основна концепција о активном судији мења; штавише, она је током времена и појачана, или јасније формулисана, па је 2002. г. изричито нормирана забрана пресуде изненађења (§ 182а аГрпп). Свакако, ни аустријски парнични поступак нису заобиле реформе које су имале за циљ убрзање поступка – тако последња велика 2002. г. – али се тиме, као што је речено, није довело у питање сам модел основна концепција – управо напротив. Повећавање одговорности странака у смислу увођења дужности подупирања поступка и редефинисање одредаба о преклузији је праћено управо појачаном дужношћу упућивања суда (§ 179 у вези са § 182а аГрпп).

Ипак, у наглашавању *Клајнове* пророчке визије, нарочито заједно са истицањем дугог пута немачког права у постизању садашње концепције, усудили бисмо се да кажемо да се крије нешто што је *Узелац* на општем плану назвао плодноним научним антагонизмом,³⁴ овде са нагласком на последњем. И поред смањеног интензитета освртања немачке науке на аустријску у једном периоду,³⁵ доктринарни круг процесног права је јединствен, а нормативни узор првенствено су „комшијски“.³⁶ У таквој арили која је већ на прелазу из XIX у XX век довела до „настанка културе обостраног оплођавања“,³⁷ може се рећи да је заслуга аустријске науке стварање данашњег заокруженог концепта поступка у којем је судија активан

³¹ *Fasching*², Rn. 665: „Пасивност судије би било неизмирљиво са правосудним задацима судије у социјалној правној држави“; *Rechberger* in: 100 Jahre österreichische Zivilprozeßgesetze, 55 (58): „Социјална држава је опет – према мом мишљењу неодвојиво – повезана са наглашавањем социјалне функције парничног поступка“.

³² У том смислу задовољство у погледу резултата новог поступка истиче сам *Клајн* 1900. г.; *Klein*, Vorlesungen, 5. Уп. и *Kralik* in: FB Klein, 89 (95).

³³ Уп. *Rechberger* R. L. R. 25 (2008), 101 (104).

³⁴ Терет доказивања, 45 фн. 192.

³⁵ Као опште место се наводи затварање немачке доктрине у сопствене оквире након успостављања Савезне Републике Немачке 1950. г., што је према *Готвалду* (*Gottwald*) и последица кризе идентитета; *Gottwald* in: 100 Jahre österreichische Zivilprozeßgesetze, 179 (189). *Хес* означава тај период, који траје све до осамдесетих година, периодом интровертности унутрашњи оријентисане догматике; због тога је снажнија упоредноправна оријентација која је уследила и реакција на такво стање; *Hess* R. L. R. 27 (2010), 191 (192).

³⁶ Ово чак и када се у самим званичним образложењима новела они не спомињу; уп. *Fasching* in: 100 Jahre österreichische Zivilprozeßgesetze, 17 (21). У складу са реченим је и резигнација *Рехбергера* што се у немачком предлогу реформе из 2001. г. спомиње да ограничење новота не постоји у Европи; *Rechberger* R. L. R. 25 (2008), 101(106).

³⁷ *Hess* R. L. R. 27 (2010), 191 (192).

§ 10

и саодговоран. Дакле, у овом сегменту примат има Аустрија и заслуга *Клајна* је непорецива.³⁸ На крају, и последња реформа нГрпп то показује.³⁹ Речено стога може бити један од узгредних разлога баштињења идеја које је један човек фундирао пре више од 100 година, с обзиром да су такви примери заиста ретки. Свакако, нагласак је на „узгредном“ разлогу, с обзиром да се поврх тога ради о фундаменталном концепцијском схватању. Уз његову данашњу актуелност онда ни не чуди толико интересовање за *Клајнов* концепт и непрестано позивање на њега, па и у немачкој доктрини.⁴⁰

³⁸ Уп. *Gottwald* in: 100 Jahre österreichische Zivilprozeßgesetze, 179 (181): „[о]вај процесни модел [*scil. Клајов* модел] једног (модерно говорећи) социјалног грађанског процесног права је – такође и из немачког угла – постојани допринос Аустрије развоју европског процесног права“.

³⁹ Уп. *Reischl* ZZP 116 (2003), 81 (102); *Rechberger* R.L.R. 25 (2008), 101 (106).

⁴⁰ Уп. *Althammer* in: FS Simotta, 1 (3 и след.); *Reischl* ZZP 116 (2003), 81 (102); *Gottwald* in: 100 Jahre österreichische Zivilprozeßgesetze, 179 и след.; *Damrau* in: FB Franz Klein, 157 и след.

§ 11 Схватања о начелу које се односи на прикупљање процесног материјала

I. Клајново и Шперлово схватање

Резултат свог рада *Клајн* у смислу постојећих категорија описује као мешану форму расправног и истражног начела, избегавајући да именује само начело. За њега то остаје само мешавина успостављених – заправо моделских и догматичких – принципа, које је ваљало комбиновати зарад практичних резултата.¹ Његово схватање треба разумети прво у контексту његовог времена, свеприсутне „маније максимама“, када још није била најјасније артикулисана идеја да расправно начело може да „живи“ и са материјалним управљањем парницом.² Још увек је време догматизма и може се рећи робовање унапред датим категоријама доктрине општег права. Он је, речено је на више места, противник таквог схватања, па није ни чудо да се није ни трудио да свој модел означи; сам поступак је на крају као његово дело „најслободнији, јер није робовао догамама“.³ Међутим, не треба оставити по страни његове даље тезе које дају основ за мало другачије виђење од оног које се већином нуди данас, и то како то чине његови противници (немачка неолиберална струја) тако и његови следбеници (*Бернхарт* и др. у Немачкој, савремена владајућа аустријска теорија). Наиме, *Клајн* говори о расправном начелу и његовом важењу, и то баш у контексту слободе странака. Прво, брани тезу да је у аГрпп очувана аутономија странака и да се не може против њихове воље уносити процесни материјал; судијска активност је само помоћна, секундарна.⁴ Друго, што је можда најважније за аргумент о коме причамо, истиче да је изузетак од извођења доказа исправама и сведоцима по сл. дужности када обе странке то сагласно не желе (§ 183 ст. 1 т. 4 аГрпп) оправдан, јер би у супротном имао много шире последице:

[п]роцесно право би онда морало такође да усвоји потпуно друге норме за признање тврдњи и признање [захтева, прим. *М. К.*], за стављање ван спора одређених околности кроз сагласност странака итд., заправо морало би да *дира у расправни принцип у значајним тачкама* (наг. *М. К.*).⁵

Када се ово има у виду, где се још једном потврђује *Клајново* схватање признања тврдњи као последице диспозиције странака, доста је упитна теза данашње доктрине која сматра да је и поред изостанка именованог начела поступак отишао одлучујуће у правцу истражне максиме.⁶ У најмању руку сам *Клајн* признаје важење једног дела расправног начела. Тежиште стапања расправног и истражног начела *Клајн* види у ослобађању судије од догме о (чистом) расправном начелу. У том аспекту, ако се занемари концепцијска и идеолошка различитост, нема пуно разлике у односу на

¹ *Klein/Engel*, 325 и след., 336.

² Наравно, речено је са великом резервом, с обзиром на већ тадашње схватање *Ваха*, који је и тада један од највећих ауторитета; в. горе § 8 I.

³ *Fasching* in: *FB Klein*, 97 (101 са даљим упућивањима).

⁴ *Klein/Engel*, 325.

⁵ *Klein/Engel*, 325/326.

⁶ *Kralik* in: *FB Klein*, 89 (91), на кога се надовезује и даље разрађује наведено *Rechberger NZ* 1991, 69 (72).

Ваха. И један и други су прижељкивали и поздравили „скидање окова“ судији у управљању парницом, односно увођење саодговорности суда. Разлика је само у теоријском приступу: *Вах* суштински не говори више о традиционалним категоријама чистих начела, јер је заступник новог, „исправно схваћеног“ расправног начела, а *Клајн* не, већ супротно остаје при изворним категоријама чистих начела, па говори о мешавини.⁷

Као додаток *Клајновом* схватању треба споменути и оно *Шперлово* (*Sperl*), изражено управо у споменици *Клајну*.⁸ Наиме, у раду који се тиче проблема истине у поступку, он децидно заузима став да и реформисани аустријски поступак није поступак „материјалне истине“, јер постоје различита ограничења за суд да „сазна“ материјалну истину; он (поступак) то не жели, не треба и не може, све док само странке износе тврдње, док постоји фикција истинитости у случају пропуштања странке, док је суд везан признањем тврдњи, доказним правилима о исправама, сагласношћу странака о неизвођењу доказа исправама и сведоцима, док је суду забрањено да сам уноси чињенице и доказе у поступак, односно „све док важи расправна максима“.⁹ У свом релативизовању иде и даље, па закључује да и у случају када не постоји једно од наведених ограничења увек постоје ограничења суда (нпр. преклузија, доказна правила, и др.). У закључку, спрам и теме његовог рада, исказује скептицизам у погледу тезе о материјалној истини уопште, што има опет значај за оквир расправног начела: „правна истина пресуде“, како он то назива, задатак је суда, мислећи притом на правилну примену права; чињенична истина одлуке је ствар странака, где мисли на питање правилности чињеничног стања.¹⁰ Да не би било неоснованог приписивања једног либералног схватања, треба само додати да целокупну тематику *Шперл* излаже из другог угла, а то је захтев да се странкама омогући да обезбеде утврђивање стања ствари за које сматрају да је правилно; а Грпп баш пуно прави разлику између не желети и не моћи у погледу постављања тврдњи и предлагања доказа.¹¹ У сваком случају, апсолутна, теоријска истина, рекло би се у истина аристотеловском смислу, није потребна судији у парничном поступку, већ само она практична, употребљива за заједнички живот људи.¹²

⁷ Уп. *Sprung/König* JB1 1976, 1 (4), који у свему овоме импутирају *Клајну* тезу од „мешаној расправној максими“.

⁸ *Sperl* in: FS Klein, 15 и след.

⁹ *Sperl* in: FS Klein, 15 (43).

¹⁰ *Sperl* in: FS Klein, 15 (46/47).

¹¹ *Sperl* in: FS Klein, 15 (47 и след.).

¹² Уп. *Sperl* in: FS Klein, 15 (47): „апсолутна истина је потпуна конгруенција тврдњи са њиховим садржајем“; отуда кажемо истина у аристотеловском смислу. Ова скептичност *Шперла* и може се рећи реални поглед на проблем истине, биће касније повод *Камхију* да је апстрахује и употреби је као показатељ буржоаске доктрине која не може да опстане у социјалистичкој доктрини и поступку, где је материјална истина достижна и представља задатак сваке судске процедуре.

II. Данашње владајуће схватање: негирање расправног начела

Основна заједничка нит данашње владајуће доктрине јесте негирање важења расправног начела у аГрпп. Такав став, чини се, да не долази од самог *Клајна*, за кога се може само спекулисати, већ од његових савременика, како критичара тако и оних који су га подржавали. У приказу новог поступка у немачкој периодици *Канштајн* истиче да у њему влада истражно начело, мислећи тиме на шири појам, с тим да критикује укидање расправне максиме (у ужем смислу).¹³ Такав став потом заузимају превасходно критичари, који су махом из Немачке. Данашње схватање, које је доминантно, односно које је – да употребимо још једном „саморазумљиву, истовремено и празну“ синтагму – владајуће схватање, само се надовезује. Поглед на аустријски поступак споља, пре свега из Немачке, даје исту слику, јер се или преузима став владајуће доктрине, или се § 182 ст. 1 аГрпп истиче као разлог за неважење расправног начела.

Данашње схватање полази од основне концепције *Клајна*, даље разрађене и у немачкој доктрини (*Бернхард* и његови следбеници), да не постоји паралела између приватне аутономије и расправног начела, прецизније да не постоји право располагања чињеницама. Иако ово схватање датира још од рецимо *Полака* (*Pollak*),¹⁴ који је *Клајнов* савременик, данас се таква мисао пре свега везује за *Клајна*. Уз то, доводи се до краја његова почетна теза и превладава његов „парадокс“ што се тиче признања тврдњи. Заједничко владајућем схватању је према томе концепција о признању тврдњи као доказном средству за које суд није апсолутно везан, већ је могуће да захтева још доказа уколико му резултати расправљања дају за то повода.¹⁵ Даље, с обзиром да се апострофира тежња ка „материјалној истини“, јер § 182 аГрпп и сам говори да је циљ материјалног управљања парницом истинито утврђење чињеничног стања, појавни облици расправног начела – терет тврдње – стављају се по страни у том смислу да на општем плану расправно начело не важи. Сам концепт се различито назива. *Полак* заиста говори о расправном начелу, али за супротно од *Шперла* он је присталица тезе о мешавини истражног и расправног начела; с друге стране, за разлику од *Клајна*, који исто то чини, он доследно заступа тезу о немогућности диспонирања чињеничним стањем.¹⁶ Ако се ради о везаности суда за признање тврдњи, што је и за њега спорно, то је само последица правила искуства.¹⁷ У свему, дакле, *Полак* где спомиње расправно начело заступа тезу која се данас назива „техничким оправдањем“ расправног начела. Потом *Холцхаммер* (*Holzhammer*) аустријски модел назива „максимом сакупљања“ (*Sammelmaxime*),¹⁸ једним чини се не баш садржајно речитим термином, који би требао да пресудно изрази да расправно начело не важи.

¹³ *Canstein* Deutsche Juristen-Zeitung 1896, 266 (267)

¹⁴ Уп. *Pollak*², 476 и след.

¹⁵ В. доле § 12 III 1.

¹⁶ *Pollak*², 477, 485.

¹⁷ *Pollak*², 485, 643 и след.

¹⁸ *Holzhammer*, 104, кога следи *Ballon* ZZP 96 (1983), 409 (427); касније се *Балон* (*Ballon*), међутим, опредељује за начело кооперације, уп. *Ballon*¹², Rn. 16.

Даље, доста се често користи и термин максиме кооперације.¹⁹ На крају, *Рехбергер* као највећи ауторитет аустријске процесуалистике данас, полазећи и од *Краликове* тезе да нема сумње да је *Клајнов* поступак одлучујуће кренуо у правцу истражног начела,²⁰ заступа тезу о „ослабљеном истражном начелу“ (*abgeschwächter Untersuchungsgrundsatz*).²¹ Наиме, дужност истинитих и потпуних изјава странака с једне стране (§ 178 ст. 1 аГрпп), и дужност материјалног управљање парницом од стране суда, где спадају и овлашћења извођења доказа *ex offo* (§§ 182 и след. Грпп), показују да се ради о истражном начелу; једина разлика у односу на чисто истражно начело јесте да суд није дужан да истражује чињенице од почетка, независно од тврдњи странака.²² Важно упориште за *Рехбергера* је сама мисија *Клајна* у погледу борбе против чистог расправног начела, пре свега изражена у *Pro futuro*. Ипак, он не спомиње *Клајнову* недоследност, већ то чини тек *Оберхаммер* (*Oberhammer*), који и сам мање-више прати *Рехбергера*. У резултату то значи да је аГрпп отишао далеко од расправног начела.

Ако се сумира данашња доминантна доктрина, без обзира на различите термине, она изражава исту мисао, а то би била сарадња странака и суда, тј. радна заједница субјеката поступка (*Arbeitsgemeinschaft*), као својеврсан *mixtum compositum* традиционалног расправног и истог таквог истражног. Чини се да је за све ауторе разлика *само* терминолошка, јер се заправо сматра да су то синоними.²³

Негирање важења расправног начела као доминантни правац доктрине ипак не иде ка чистом истражном начелу, нити занемарује пре свега одговорност странака. У погледу првог, читав аустријски модел се јасно ограничава од схватања која су можда на премисама *Клајна* на крају компромитовала читаву идеју. Ради се о тоталитарним режимима, на која, како *Рехбергер* наводи, *Клајн* није ни могао да рачуна, нити је он био таквог схватања. У том смислу се јасно и „ослабљено истражно начело“ разграничава од начела материјалне истине социјалистичких система, где је основна мисао о активном судији дезавуисана²⁴ и злоупотребљена у друге сврхе: *Клајнов* идеал није одговарао таквом систему где су судије зависни службеници који имају да поступају сходно налозима (политичких) виших власти.²⁵ У погледу другог аспекта, и ово схватање признаје објективни терет тврдње и тиме одговорност странака за идеално чињенично стање. То што је судија обавезан да покуша да странке употпуне своје наводе, не мења ништа у смислу коначне

¹⁹ *Ballon*¹², Rn. 16; *Fucik* in: *Rechberger*, ZPO³, vor § 171 Rn. 3.

²⁰ *Kralik* in: FB Klein, 89 (91); *Rechberger* NZ 1991, 69 (72).

²¹ *Rechberger* NZ 1991, 69 (74); *ders.* in: 100 Jahre österreichische Zivilprozeßgesetze, 55 (58); *ders.* R. L. R. 25 (2008), 101 (103); *Recheberger/Simotta*⁷, Rn. 403.

²² *Rechberger/Simotta*⁷, Rn. 403.

²³ Уп. уместо свих *Rassi ZZP* 121 (2008), 165 (185): [...] расправна максима је у аустријском поступку јасно ублажена. Историјски законодавац није пренео сакљупање процесног материјала странкама (односно само странци која сноси терет доказивања) или искључиво судији, већ је прописао једну мешовиту форму истражног и расправног начела, која се у аустријској науци нацива ослабљеним истражним начелом или максимумом кооперације. Средиште аустријског парничног поступка је проналажење материјалне истине. На томе заснован заједнички рад судије и странака у тзв. парничном поступку радне заједнице је начелне природе“.

²⁴ *Rechberger* in: 100 Jahre österreichische Zivilprozeßgesetze, 55 (58).

²⁵ *Rechberger* R. L. R. 25 (2008), 101 (109).

последнице. Другим речима, странке су на крају одговорне за конклузивност својих навода, па се и говори да је исходиште ипак расправно начело.²⁶ Исто тако, мора се навести, последнице пропуштања и механизам доношења пресуде на основу пропуштања/изостанка се ипак правдају расправним начелом.²⁷

Владајуће схватање нема само значај за концепцијски ниво, већ оно настоји да доследно примени своје резултате у погледу конкретних спорних питања. Поред везујућег дејства признања тврдњи за суд као централног, то је још и проблем чињеница које су резултат доказивања, као и једно „лабавије“ схватање проблема дужности странке која не сноси терет тврдње и доказивања да сарађује.

III. Фашингово приближавање немачкој неолибералној струји

Ханс Фашинг, без сумње најутицајнији аустријски процесуалиста друге половине XX века, у позним годинама свог рада довео је у питање традиционално схватање аустријске доктрине. У другом издању свог монументалног Коментара, у којем је сада он коуредник и аутор само неких делова, пре свега начелних и теоријских партија, дистанцира се од темељно фундиране идеје да у аустријском парничном поступку у најмању руку не важи расправно начело. Стогодишње схватање које је избегавало одређивање аустријског поступка сходно традиционалном немачком приступу у поступак по расправном или истражном начелу, тако је доведено у питање. Фашинг уз критику чистих модела испитује спрам аГрпп срж питања које расправно начело носи са собом, а то је за њега пре свега питање одговорности. Тако закључује, као и већинска доктрина, да се полази од расправног начела, али, што је најбитније, у овлашћењима суда у којима се могу препознати елементи истражног начела не види разлог да се не говори о расправном начелу: упркос њима *доминирају обележја расправног начела*. Странке су одговорне за потпуност чињеничног стања, јер постоји терет тврдње; суд има дужности да утиче на странке да употпуне своје тврдње и да тужба или одбрана буду конклузивне у смислу потпуности, али странке не морају да удовоље настојањима суда. Исто важи и за омогућавање утврђења суда, с обзиром да оне могу да сагласним тврдњама створе чињенично стање и да тиме ограниче извођење доказа, односно оне треба да предложе доказе. Извођење доказа по сл. дужности (§ 183 аГрпп) је двоструко ограничено, пре свега тиме да се суд мора кретати у оквиру постављених тврдњи. Због тога оне остају „владари сакупљања материјала“, јер је на њима последња одговорност. У том смислу он и критикује тезу *Рехбергера* о ослабљеном истражном начелу. Исто тако, наслањајући се на немачку неолибералну доктрину, пре свих на *Лајполда*, напада идеју о максими кооперације и радне заједнице суда и странака. Аргументи су познати, а то је да се тиме губи из вида супротстављеност интереса странака као и сопствена динамика поступка, односно и суверени карактер судске функције.²⁸

²⁶ *Rechberger/Simotta*⁷, Rn. 403.

²⁷ Уп. *Rechberger* in: *Rechberger*, ZPO³, vor § 396 Rn. 1.

²⁸ *Fasching* in: *Fasching/Konecny*, Kommentar II/1², Einl. Rn. 17

Ако се *Фашингово* схватање стави у контекст немачке дискусије и тамошње аргументације, види се да премисе на којима га гради веома блиске неолибералној доктрини. С једне стране је срж проблема у виду питања ко сноси коначну одговорности, и у том смислу реалнији поглед; није питање да ли ће се доћи до идеалног чињеничног стања, што је свакако циљ активности суда, већ питање „шта ако не“. С друге стране, што се надовезује у одређеној мери на речено, идиличној слици парнице нема места; то је опет реалнији поглед на поступак, а он је како неолиберална струја инсистира, спор и то мора остати. Обриси неолибералне доктрине према томе су, дакле не само у резултату, већ и у аргументацији. Због тога се чини да је оправдано говорити о *Фашинговом* приближавању неолибералној струји. Оно је ипак само приближавање, не и потпуно сврставање, јер недостаје оправдање расправног начела у виду располагања чињеничним стањем и уопште позивање на преношење вредновања приватне аутономије. То се не може пронаћи код њега, и штавише не сматра да је истражна максима начелно у супротности са правом странака да располажу субјективним правима. Ипак, она се може уверљиво оправдати само тамо где странке немају слободу располагања ван поступка и где јавни интерес за исправност и потпуност одлуке широко превазилази нормалну меру која долази до изражаја у приватном праву.²⁹

Овај заокрет *Фашинга*, који му спрам изложеног и даје аутономну позицију у аустријског доктрини, ипак није наишао на одговор теорије која је критикована; у литератури која нам је доступна, а чини се да она јесте репрезентативна, о томе готово нема ни спомена.³⁰

²⁹ *Fasching* in: *Fasching/Konечно*, Kommentar II/1², Einl. Rn. 15.

³⁰ *Балон* само у фусноти упућује на критике *Фашинга* у погледу термина „максима кооперације“ и „радне заједнице“; *Ballon*¹², Rn. 16 Fn. 26.

§ 12 Конкретизација аустријског модела

I. Дужност истинитих и потпуних тврдњи

Дужност странака да говоре истину и потпуно износе стање ствари већ код *Клајна* у *Pro futuro* заузима једно од централних места критике дотадашњег схватања расправног начела. Употреба свих расположивих средстава у „борби“ која подразумева парница, па укључујући и лаж, неспојиво је са концепцијом поступка у којем је циљ пресуда која ће одговорати ванпроцесном материјалноправном стању.¹ Ограничавање расправног начела у смислу уклањања елемената зависности исхода од вештине странака, сузбијање процесне тактике, тако се манифестовало, барем што се тиче понашања странака, у обавези изношења истине.

Дужност из § 178 аГрпп подразумева две стране: забрану лажи и забрану непотпуних навода. Странка не сме да прећути што је битно и не сме да поставља лажне тврдње.² Овде је као и у немачкој доктрини, с обзиром на релативно јединство доктринарног простора и идентичност одредаба, мера „лажи“ исто постављена. Странка крши ову обавезу онда када противно свом бољем знању износи тврдње, или када их не поставља; лаж је дакле субјетивна категорија и не искључује тврдње за које странка претпоставља да одговарају истини. Исто тако, обавеза се не односи само на тврдње у процесноправном смислу, већ и на оспоравање тврдњи – забрањено је оспоравање за које странка зна да није истинито.³ Уз то, редакцијско место § 178 аГрпп (регулација усмене расправе) није сметња да се обавеза не прошири и на поднеске странака.⁴

У погледу значаја обавезе истинитих и потпуних навода, како је већ речено, не постоји сагласност. Док је за *Рехбергера* то показатељ напуштања расправног начела и окретање ка истражном, за *Фашинга* је само ограничење расправног начела, без да се одговорност странака за сакупљање процесног материјала смањује, тј. то није индиција за важење истражног начела, јер према својој природи не представља ефективно судијско средство за истраживање истине.⁵ Па и поред тога, природа обавезе је данас неспорна – ради се о правој правној обавези (*Rechtspflicht*),⁶ не о дужности (*Obliegenheit*) или само о моралној, етичкој обавези.⁷

¹ У том смислу се управо код објашњења дужности истинитих тврдњи и напомиње да „циљ поступка мора бити проналажење истине“; *Schrager* in: *Fasching/Konecny*, Kommentar II/2², § 178 Rn. 3 Abs. 4; уп. *Fasching*², Rn. 652. Кроз овакве наводе се потврђује речено у погледу нарочите вредности „утврђивања истине“ у аустријском поступку, барем на концепцијском плану.

² Уп. *Fucik* in: *Rechberger*, ZPO³, § 178 Rn. 1; *Schrager* in: *Fasching/Konecny*, Kommentar II/2², § 178 Rn. 3; *Fasching*², Rn. 653.

³ *Fasching*², Rn. 653.

⁴ *Schrager* in: *Fasching/Konecny*, Kommentar II/2², § 178 Rn. 3: „природно, обавеза важи за целокупан поступак“. Свакако да се дужност истинитих тврдњи односи и на адвокате као пуномоћнике странака. За однос дужности истинитих тврдњи и статусног права адвоката в. *Schumacher* öAnwBl 2006, 429 и след.

⁵ *Fasching*², Rn. 653; *ders.* in: *Fasching/Konecny*, Kommentar II/1², Einl. Rn. 16.

⁶ *Pollak*², 481; *Fasching*², Rn. 654; *Fucik* in: *Rechberger*, ZPO³, § 178 Rn. 1; *Oberhammer* in: *Konfliktvermeidung und Konfliktregelung*, 32 (71); *Schrager* in: *Fasching/Konecny*, Kommentar II/2², § 178 Rn. 3 и след.

Наиме, без обзира што се директна санкција за кршење обавезе не спомиње у самом § 178 аГрпп, негира се узак позитивистички став по којем би ова одредба било *lex imperfecta* без било каквог практичнонормативног значаја.⁸ Од *Полака* па све до савремених аутора се заступа теза да се у другим одредбама налази упориште за став о правој обавези и да постоје инструменти да се она испуни. Тако с једне стране активност суда кроз материјално управљање парницом служи остварењу ове обавезе, док с друге стране странка кршењем обавезе погоршава свој процесни положај: непотпуне тврдње воде евентуалној преклузији, на крају и пресуди на основу терета тврдње; могуће је сношење трошкова поступка независно од успеха у парници, као и настанак захтева за накнаду штете противника, закључно и са изрицањем казни због обесног парничења.⁹ Међутим, као далеко најчешћа последица кршења ове обавезе се наводи да то може утицати на судијску слободну оцену доказа, тако да суд не поклони веру ни другим наводима странке.¹⁰

Овако приказана обавеза истинитих и потпуних навода сама за себе нема пуно значаја, осим наравно чињенице да се ради о „ограничењу расправног начела“. Као и у немачком праву, последица кршења обавезе је неузимање у обзир таквих тврдњи, или оспоравања, што је опет резултат самог доказивања. За оно што је најбитније, а то је формирање чињеничног стања, мање је важно да ли ће суд заузети став да поред тога што тврдња/оспоравање не одговара истини, и да је странка прекршила дужност. Међутим, постојање дужности итекако има значај за заузимање ставова у погледу других питања која, у мањој или већој мери, тангирају комплекс расправног начела. О томе ће бити речи у одговараћим деловима који следе.

II. Везаност суда за страначке тврдње – објективни терет тврдње

И поред тога што истинито утврђење заузима значајно место у схватању поступка, неспорно је да је суд принципијелно везан за тврдње странака.¹¹ У том смислу чак и већинско схватање које негира расправно начело, пре свих *Рехбергер* са тезом о ублаженом истражном начелу, признаје у потпуности постојање објективног терета тврдње. Истиче се да управо у том аспекту аустријски поступак полази од расправног начела. Општа судијска дужност упућивања из § 182 ст. 1 аГрпп, иако поставља као циљ истинито утврђење чињеничног стања, што се свакако схвата у функционалном смислу као утврђење идеалног чињеничног стања, никако не доводи у питање везаност суда за тврдње странака. Суд не може

⁷ Тако међутим раније *Sperl* in: FS Klein, 15 (43).

⁸ *Oberhammer* in: Konfliktvermeidung und Konfliktregelung, 32 (71); у том смислу међутим већ *Pollak*², 481.

⁹ *Pollak*², 481; *Fasching*², Rn. 654; *Fucik* in: *Rechberger*, ZPO³, § 178 Rn. 1; *Rechberger/Simotta*⁷, Rn. 745; *Holzhammer*, 171; *Schragel* in: *Fasching/Konecny*, Kommentar II/2², § 178 Rn. 4.

¹⁰ *Schragel* in: *Fasching/Konecny*, Kommentar II/2², § 178 Rn. 4, који у складу са маниром свог писања истиче као закључак дела о кршењу дужности: „Због тога је свака странка добро саветована да у свим својим наводима остане при истини, али и да тако информисе свог пуномоћника“.

¹¹ Тако већ *Pollak*², 480.

принудити странке да поставе дефицитарне тврдње.¹² Међутим, мисао о истини у аустријској доктрини подразумева начелну везаност за тврдње странака, јер се у кризним ситуацијама, пре свега у случају случајних резултата доказивања, терет тврдње негира.

1. Терет тврдње

А. Субјективни и објективни терет тврдње

Теоријска подела на субјективни и објективни терет тврдње, и поред можда различитог начина излагања, иста је као и у немачкој теорији. Што се тиче објективног терета, као што је речено, он се сматра показатељем да је полазна тачка аустријског поступка расправно начело,¹³ уз саморазумљиво доктринарно схватање да суд може применити правну норму само ако је утврдио постојање свих конкретних чињеница које се везују за елементе њене диспозиције.¹⁴ Према томе, концепт објективног терета тврдње је у потпуности присутан у аустријском поступку. Дефицит тврдњи води или пресуди због неконклузивности тужбе (*Unschlüssigkeitsurteil*), или усвајајућој пресуди због неконклузивности одбране.¹⁵ Обе пресуде се доносе без доказивања, јер се примењују норме терета тврдње. Важно је напоменути да наведено пресуђење нигде у закону није прописано, већ је последица управо везаност суда за тврдње странака. У пракси уопште није редак случај да се заиста примењује овакав механизам. Но, до њега ће доћи тек пошто суд упути странку на чијој страни – спрам расподеле терета тврдње – постоји дефицит тврдњи, а она га ни након тога не санира.¹⁶

Субјективни терет, и у контексту аустријске литературе, подразумева обавезу странака да спрам конкретне расподеле терета поставе тврдње. Оно што је евентуална разлика у односу на немачку литературу је, чини се, не спомињање да ипак није битно која је странка унела чињеницу у поступак, већ да је битно да је она унета. Спрам тога, колико се може запазити, и нема постављања даљег питања код проблема да противник странке која сноси терет тврдње износи једну чињеницу, а да је странка којој она иде у прилог (тзв. оптерећена странка) оспорава. Ипак, жива дискусија у немачкој теорији о општој дужности обавештавања странке која не сноси терет тврдње и доказивања је присутна. *Фашинг* се наслања на доминанту немачку теорију и праксу о непостојању такве дужности, с тим да преузима и концепт секундарног терета тврдње,¹⁷ што чини и судска пракса.¹⁸ С друге стране

¹² Тако већ *Klein*, Vorlesungen, 261.

¹³ *Rechberger/Simotta*⁷, Rn. 403.

¹⁴ Уп. *Rassi* in: FS Simotta, 443 (448).

¹⁵ Јасно и репрезентативно *Rassi* in: FS Simotta, 443 (448).

¹⁶ Владајуће схватање: *Schragel* in: *Fasching/Konecny*, Kommentar II/2², §§ 182, 182a Rn. 11; *Fucik* in: *Rechberger*, ZPO³, § 182 Rn. 1; *Rassi* in: FS Simotta, 443 (448); *OGH* 10 Ob 10/10h SZ 2010/34; 4 Ob 274/01z, 29. I 2002; *OLG Wien* 1 R 234/08a, 19. XII 2008.

¹⁷ *Fasching* in: *Fasching/Konecny*, Kommentar II/1², Einl. Rn. 18.

¹⁸ За исцрпну и критичку анализу праксе *aBC* уп. *Rassi* ZPP 121 (2008), 165 (176 и след.).

Razi (Rassi) долази до закључка да у аустријском поступку постоји општа дужност обавештавања странке која не сноси терет тврдње и доказивања.¹⁹

Б. Расподела терета тврдње

Аустријска доктрина и пракса начелно одавно прате развој догађаја у Немачкој на пољу расподеле терета тврдње и доказивања. Отуда је за ризик недоказаности, тиме и за расподелу терета тврдње, прихваћена најпре *Розенбергова* теорија норме.²⁰ Развојем немачке дискусије, а нарочито *Лајполдовом* дисертацијом, касније и другим радовима који су се наслањали на њега, чини се да је прихваћена тзв. модификована теорија норме. У том смислу, барем што се тиче расподеле терета тврдње и доказивања, основно правило *Розенберга* важи, али оно нема свој основ у чистој језичкој контрукцији норми, већ се оно враћа на критеријуме правичности материјалног права.²¹ У делу *Розенберговог* учења у којем се још увек неутрално говори о расподели – критеријум повољности чињеница – она има и законску потврду. Из одредаба о тужби (§ 226 ст. 1 аГрпп) и одговору на тужбу (§ 239 ст. 1 аГрпп) произилази да се морају изнети и чињенице на којима се *заснива* тужба, односно *противљења и приговори* у одговору на тужбу.²² На основу тога се, као и у немачкој доктрини, говори о конклузивности тужбе, и сада различито од немачке доктрине, о конклузивности одбране. Смисао је наравно да из навода странака произилази основаност њиховог тражења, што на крају проистиче и из § 178 ст. 1 аГрпп.²³ Уз помоћ *Розенбергове* схеме долази се на крају до појма „повољних чињеница“, тј. до одређења шта спада у конклузивност једне тврдње. Дакле, исто као и у Немачкој, странка која истиче неко право сноси терет тврдње за конститутивне чињенице; странка која оспорава постојање права сноси терет тврдње за импедитивне и екстинтивне чињенице. Важност одређења да се ради о модификованој теорији норме је у томе да конструкција норме није искључиви показатељ импедитивних чињеница.

Расподела терета тврдње свакако да има превасходни значај за оно за шта је и намењен сам концепт терета тврдње – пресуђење против странке која сноси терет. Но, значај се показује и пре тог момента, и нужна је последица судијске саодговорности. Наиме, странке, а првенствено тужилац, немају право да чекају тек усмену расправу да би удовољили свом „терету“. Тужба мора да буде конклузивна, па ако није, суд може да је *in limine litis* врати тужиоцу на исправак, тј. на санирање дефицита тврдњи; уколико то не учини тужилац, доноси се одбијајућа пресуда због неконклузивности.²⁴ Исто тако уколико се не уочи неконклузивност одмах, већ

¹⁹ *Rassi ZFP* 121 (2008), 165 и след.

²⁰ Уп. *Holzhammer*, 200/201.

²¹ Уп. *Rechberger* in: *Fasching/Konecny*, Kommentar III², vor § 266 Rn. 27, 32, 35; *ders* in: *Rechberger*, ZPO³, vor § 266 Rn. 11; *Rechberger/Simotta*⁷, Rn. 760; *Rassi ZFP* 121 (2008), 165 (166); уп. *Fasching*², Rn. 882 и след.

²² *Fasching* in: *Fasching/Konecny*, Kommentar III², § 226 Rn. 87.

²³ „Странке су дужне да наведу чињеничне околности на којима заснивају свој захтев“.

²⁴ *Rechberger/Simotta*⁷, Rn. 524, 709; *Gitschthaler* in: *Rechberger*, ZPO³, §§ 84, 85 Rn. 12 са даљим упућивањима на праксу.

касније: суд треба да укаже тужиоцу на то (§ 182 ст. 1 аГрпп), па ако тужилац не постави потребне тврдње, опет се одбија тужба због неконклузивности, без извођења доказа. Због другачијег положаја туженог његов пропуст да удовољи терету тврдње води усвајајућој пресуди, али исто тако тек ако није након упућивања суда санирао дефицит тврдње. Према томе, види се да суд усмерава своја упућивања странци која сноси терет тврдње, са циљем да испуни свој субјективни терет.

В. Дужност супстанцираних тврдњи; истраживачко доказивање

Доктрина о супстанцираним тврдњама је такође присутна у аустријској теорији и пракси. Да би тврдња била подобна за испитивање конклузивности, она мора да је довољно супстанцирана; штавише, истиче се и да је претпоставка мериторне одлуке, мислећи тиме на повољну пресуду за странку, конклузивни навод.²⁵

У судској пракси се питање супстанцираност равноправно третира као проблем за себе, у смислу да несупстанциране тврдње и нису тврдње, па и поред њих подразумевају дефицит, али и као интегрални део забране истраживачког доказивања. Сходно *Разијевом* исцрпном истраживању праксе *аВС*, далеко највећи број пресуда које су потврђивале да се ради о истраживачком доказивању су се односиле на случајеве када није била довољно супстанцирана тврдња.²⁶ Други вид истраживачког доказивања – постављање насумичних тврдњи (*ins Blaue hinein*) – се такође спомиње, како у пракси тако и теорији.

Концепт забране пресуде изненађења који заступа пракса је критикован у теорији, са јачим или слабијим интензитетом. Наиме, теорија одавно заступа став да у аГрпп нема ослонаца за општу забрану истраживачког доказивања, и такво доказивање принципијелно није недопуштено.²⁷ Но, није ни апсолутно допуштено, већ се ограничава на ситуације када странка пружи ослонац да или другачије не може да сазна правнорелевантне чињенице, или да постоји одређени степен вероватности (истинитости) њених доста неодређених тврдњи.²⁸ Тиме се не доводи у питање начелно важење терета *супстанцираних* тврдњи, већ се обезбеђује превазилажење информативних дефицита у случајевима када је то оправдано.²⁹

Г. Правноснажност пресуда на основу терета тврдње

Пресуђење на основу терета тврдње је неспорно, како у теорији, тако и пракси. Међутим, за разлику од немачког схватања, у Аустрији је доминантно негирање материјалне правноснажности пресуда на основу терета тврдње.

²⁵ *Rassi* in: FS Simotta, 443 (448).

²⁶ Уп. *Rassi* in: FS Simotta, 443 и след.

²⁷ *Fasching*², Rn. 898; *Rechberger* in: *Fasching/Konecny*, Kommentar III², vor § 266 Rn. 81; *Fucik* in: *Rechberger*, ZPO³, § 178 Rn. 2.

²⁸ Уп. *Fucik* in: *Rechberger*, ZPO³, § 178 Rn. 2.

²⁹ Уп. *Rassi* in: FS Simotta, 443 (456).

Нажалост, из доступне литературе и праксе се не види аргументација. С једне стране *Фашинг* само истиче да материјална правноснажност пресуда због неконклузивности не спречава ново утужење истог тужбеног захтева, сада са потпуним чињеничним наводима,³⁰ док се пракса задовољава његовим цитирањем и позивањем на друге одлуке, односно аргументом „устаљене судске праксе“ (*ständige Rechtsprechung*).³¹ *ABC* у једном случају, међутим, доследно примењујући наведено схватање одриче и материјалну правноснажност делу пресуде којим је одбијен компензациони приговор због дефицита тврдњи, иако начелно и одлука о њему постаје правноснажна (§ 411 аГрпп). Стога је јасно да било која пресуда на основу терета тврдње не стиче својство материјалне правноснажности.

2. Случајни резултати расправљања

Заиста владајућа доктрина не види у овој ситуацији ништа спорно, и заузима став да суд може да користи и овакве резултате.³² Као пресудна се истиче *Фашингова* аргументација да би у противном судија био приморан да донесе пресуду на основу непотпуног или погрешног стања ствари, иако је заправо стање ствари потпуно расветљено.³³ Уз то, наводи се и одредба која регулише слободну оцену доказа, по којој суд оцењује да ли је једна тврдња истинита и на основу резултата целе расправе (§ 272 аГрпп).³⁴ Разлог за такво схватање треба видети свакако и у почетној позицији доктрине у погледу важења расправног начела. Као што је речено, што се тиче постављања тврдњи принципијелно се полази од расправног начела, и то није спорно ни онима који негирају његово важење. Међутим, управо због тога њима није ни тешко да изведу овај закључак, који се правда циљем материјалног управљања парницом – истинитим утврђењем чињеничног стања.³⁵ С друге стране, сам *Фашинг* заступа тезу о расправном начелу, али не у смислу догме, па и закључује да је „догматски неоптерећеном човеку“ ово саморазумљиво; тиме се ипак не доводи у питање срж есенцијалних права странака да одговорно формулишу своје тврдње.³⁶ У сваком случају је вредност проналажење истине и оријентација поступка ка томе овде најзначајнији аргумент. У том смислу је и део јудикатуре образлагао овај став. И више него репрезентативно се изјашњава 1. веће *aBC* када допушта коришћење резултата расправљања, јер је то може водити победи материјалне истине над формалистичким принципом везаности суда за страначке тврдње [...] уосталом, Врховни суд је схватања да је аустријском праву страначко начело расправне максиме по којој се као подлога одлуке сме узети само оно што је изнето од странака, јер се према § 272 резултати расправљања и доказивања

³⁰ *Fasching* in: *Fasching/Konecny*, Kommentar III², § 226 Rn. 95.

³¹ *OGH* 4 Ob 14/11d JbI 2012, 124.

³² *Pollak*², 483, 486; *Fasching*², Rn. 661, 899; *ders.* in: *Fasching/Konecny*, Kommentar II/1², Einl. Rn. 15; *Rechberger* in: *Rechberger*, ZPO³, vor § 266 Rn. 27; *ders.* in: *Fasching/Konecny*, Kommentar III², vor § 266 Rn. 78; *Rechberger/Simotta*⁷, Rn. 405; *Ballon*¹², Rn. 16, 243; *Kralik* in: FB Klein, 89 (93).

³³ *Fasching*², Rn. 661; уп. *Rechberger* in: *Fasching/Konecny*, Kommentar III², vor § 266 Rn. 80.

³⁴ *Rechberger/Simotta*⁷, Rn. 405.

³⁵ Уп. *Rechberger/Simotta*⁷, Rn. 405.

³⁶ *Fasching* in: *Fasching/Konecny*, Kommentar II/1², Einl. Rn. 15.

имају узети у обзир при доношењу одлуке. Када § 272 ст. 1 [а]Грпп каже да се „на основу слободног уверења има оценити, да ли се један чињенични навод има сматрати за истинитим или не“, онда се то не сме тумачити у том смислу, да закон ограничава слободну оцену доказа суда и да се смеју користити само резултати доказивања који одговарају једној конкретној страначкој тврдњи; штавише има се узети, да закон тиме жели само да нагласи редовни случај.³⁷

Из овога се види управо оно што је суштина, а то је да што се тиче расправног начела у погледу тврдњи, редовно оно важи. Уколико се деси да резултати доказивања доведу до сазнања нових правнорелевантних чињеница, укључујући свакако и индиције, онда се могу користити, и то без обзира на вољу странака. С друге стране, обавеза је суда да предочи странкама да ће користити ове резултате доказивања.

И поред наведеног, изгледа да судска пракса редовно заузима супротан став, а то је да се резултати могу користити, али само ако се након њихове појаве они претворе у страначке тврдње.³⁸ Дакле, схватање је онакво какво се начелно заступа већински у Немачкој. Ипак, чини се да у оквиру таквог правца превлађује став да у том случају суд има дужност да предочи странкама да су наведени резултати доказивања релевантни и да упути странку која сноси терет доказивања да постави одговарајуће тврдње; уколико то не учини чини релативно битну повреду поступка.³⁹

III. Формирање чињеничног стања вољом странака

§ 266 ст. 1 аГрпп предвиђа да признате чињенице не требају доказа. Готово идентична одредба као и у нГрпп, што се наравно има приписати полазној позицији *Клајна*, одавно је спорна у смислу дејства признања. Не само да је упитно да ли признање има значај располагања чињеничном подлогом пресуде, с обзиром на негирање таквог права странака, већ и друге одредбе које се тичу признања тврдњи, а које су различите од немачког узора, доводе до проблема дејства признања. Наиме, за разлику од нГрпп опозив признања тврдњи је препуштен оцени суда, па тако за губитак дејства није потребно да се докаже заблуда странке. С друге стране, и неизјашњавање странке, тј. недавање нити изричитог признања, нити изричитог оспоравања, не води фикцији признања, већ је и то препуштено оцени суда (§ 267 ст. 1 аГрпп); исто је и са изјавама о незнању (§ 267 ст. 2 аГрпп).

1. Признање тврдњи: спор о дејству и природи

Доктрина је насупрот *Клајну* већ од доношења закона сагласна да признање тврдњи нема смисао диспозиције стањем ствари, што је у складу са идејом о

³⁷ OGH 1 Ob 271/48 SZ 21/123.

³⁸ Уп. *Rechberger* in: *Fasching/Konecny*, Kommentar III², vor § 266 Rn. 80 са даљим упућивањима. У литератури тако *Schrager* in: *Fasching/Konecny*, Kommentar II/2², § 178 Rn. 6, §§ 182, 182a Rn. 9; *Schumacher*, 31 и след.

³⁹ У том смислу већ OGH 2 Ob 657/25 SZ 7/247 = *Верона/Цуља*, бр. 4 за § 246; *Schumacher*, 32 са даљим упућивањима; *Schrager* in: *Fasching/Konecny*, Kommentar II/2², §§ 182, 182a Rn. 9

немогућности схватања расправног начела у том правцу.⁴⁰ У томе се и види недоследност *Клајна*, који је читаву нову зграду аустријског парничног поступка засновао на тези да располагања чињеничним стањем нема, а опет је за признање тврдњи истицао да је то последица диспозиције странака.⁴¹ Ипак, конкретно дејство и природа признања је и даље спорна. С једне стране су устаљена судска пракса и *Фашинг* са тезом о забрањеној доказној теми, а с друге стране је владајућа доктрина са схватањем – у резултату – о признању тврдњи као доказном средству.

Доктрина о забрањеној доказној теми (*Beweisthemenvorbot*) полази од начелне везаности суда за признање тврдњи. Уколико не важи (чисто) истражно начело, а то је правило, признате тврдње се узимају као истините и без испитивања чине део подлоге за пресуђење.⁴² Због тога се и каже да се ствара забрањена доказна тема, јер суд не само да је везан за признање, већ и не сме да га испитује кроз доказивање. У том смислу крајњи резултат овог схватања је теза да признање тврдњи није доказно средство, па оно ни не потпада под слободну оцену суда. Ипак, признање је по својој природи изјава о знању.⁴³ Ради се о устаљеном схватању праксе, старије теорије и *Фашинга*. Управо у погледу последњег, пракса изричито преузима тезу о стварању забрањене доказне теме.⁴⁴ Изузеци од обавезујућег дејства признања су према овом схватању поред важења чистог истражног начела још и признање противно ноторним чињеницама, укључујући и тзв. судске ноторне чињенице, те признање тврдњи чија неистинитост произилази из дотадашњих доказних резултата. За последње је образложење да судија не сме да пресуди на основу неистините подлоге, када му је то већ пред очима.⁴⁵ Овде треба навести и једну релативно свежу одлуку у којој се даје и додатно образлаже: ако је већ суд стекао уверење о неистинитости тврдње која се признаје, онда његово уверење има предност; ако он само сумња у истинитост, *начело диспозиције* има предност, па противник може да призна такву тврдњу и да тиме веже суд.⁴⁶ С друге стране, уколико суд и противно забрањеној доказној теми изведе доказе, и спрам тога утврди стање ствари противно признању, заиста постоји повреда поступка, која ипак није битна и неће се због тога укинути пресуда.⁴⁷ Образложење овог схватања *Фашинг* види у историји доношења закона, у процесној економији, и на крају у редакцији самих §§ 266, 267 аГрпп, с обзиром да се слобода суда да нешто оцењује ограничава само на вансудско признање, неизјашњавање странке, те на опозив признања.⁴⁸

Супротно схватање полази од признања тврдњи као доказног средства, које сходно општем правилу као и свако друго подлеже слободној оцени суда. Најрепрезентативнији представник овог схватања, које је уједно и већинско у науци,

⁴⁰ *Pollak*², 476 и след., 485, 643 и след.; уп. и *Rechberger NZ* 1991, 69 (са даљим упућивањима).

⁴¹ Тако изричито у *Pro futuro*, али и касније, по доношењу закона; в. горе § 8 II. За критику недоследности уп. *Oberhammer* in: *Konfliktvermeidung und Konfliktregelung*, 32 (52, 64).

⁴² *OGH* 3 Ob 30/02m SZ 2002/31 са даљим упућивањима.

⁴³ *Fasching*², Rn. 839; *OGH* 9 Ob 35/97f, 14. V 1997.

⁴⁴ В. *OGH* 5 Ob 631/89 JBl 1990, 520, и последњу одлуку 2 Ob 89/11v (RS0039949).

⁴⁵ *Fasching*², Rn. 851; *OGH* 5 Ob 631/89 JBl 1990, 520; последње 6 Ob 52/14m, 15. V 2014.

⁴⁶ *OGH* ecolex 2012/104.

⁴⁷ *Fasching*², Rn. 849; у резултату и *OGH* 2 Ob 272/97g SZ 70/239; ecolex 2012/104.

⁴⁸ *Fasching*², Rn. 849.

је свакако *Рехбергер*, с обзиром да је он изнова покренуо ово питање са жестоком критиком праксе која се изричито изјаснила против његовог схватања. Наиме, у једној одлуци из 1989. г. пето веће *аВС* се наслања на *Фашингову* тезу о стварању забрањене доказне теме, и истовремено не прихвата његов став о признању тврдњу као доказном средством, на који се иначе ревидент позвао.⁴⁹ Након тога је уследио коментар ове одлуке са насловом „Догма о везујућем дејству признања тврдњи“⁵⁰ у којем се даје подробнија аргументација против праксе, тиме и *Фашиновог* схватања. Суштински критика *Рехбергера* прати *Фашинове* тезе, сходно томе се базира на четири аргумента. Први, да историја настанка §§ 266 и след. аГрпп управо показује тежњу да се укине дотадашња у аОСП законска оцена доказа; како је признање раније било формално доказно средство, са прописаном доказном снагом, у новом систему са слободном оценом доказа везујућем дејству нема места, јер би у супротном била очувана законска оцена доказа. Дакле, историја настанка показује само да се § 266 аГрпп желело укидање сврставања дејства признања у законску оцену доказа.⁵¹ Други, питање је да ли процесноекономски ефекти признања зависе од везујућег дејства; пробијање везујућег дејства кроз извођење доказа нема никакву санкцију, с обзиром да то није битна повреда поступка.⁵² Трећи, закључак *a contrario* из одредаба које спомињу слободну оцену суда (ванпроцесно и конклюдентно признање, опозив признања) није исправан: зашто би само ти случајеви, а не и изричито признање тврдњи подлежали оцени суда.⁵³ На крају, четврти, паралела са ноторним и претпостављеним чињеницама, тј. истој законској редакцији („не требају доказа“ [*bedürfen keines Beweises*]) није оправдана, јер се ради о три случаја који мало тога имају заједничког. Код претпостављених чињеница ради се о обрту терета доказивања, а код ноторијитета о особини једне чињенице. С обзиром на то, оба случаја се не могу упоредити са признањем тврдњи, нарочито не у релацији са ноторним чињеницама, јер „признатост“ једне чињенице није њена особина, већ је она сама додатна правнорелевантна чињеница. У резултату то значи да формулација из § 266 ст. 1 аГрпп подразумева да судија сме да заузме став о истинитост чињенице на основу признања, не и то да се тиме ствара забрањена доказна тема.⁵⁴ Након критике *Фашинових* теза *Рехбергер* прелази на концепцијски и системски оквир аргументације, где је полазна тачка неважење расправног начела. Сходно својој тези о ослабљеном истражном начелу и наслањајући се на схватање *Клајна* о расправном начелу као догми, изводи закључак да у поступку у којем странке имају обавезу истинитих и потпуних навода, и у којем суд има обавезу да управља поступком са јасним циљем „истинитог утврђења чињеничног стања“, нема

⁴⁹ *OGH 5 Ob 631/89 JbI 1990, 520.*

⁵⁰ *Das Dogma der Bindungswirkung des Geständnisses, NZ 1991, 69 и след.*

⁵¹ *Rechberger NZ 1991, 69 (71)*, са позивом и на *J. П. Шмита*, који заступа исто такво схватање, али усмањено, за немачко право; уп. *J. P. Schmidt*, 114. За каснију продубљену историјску аргументацију уп. *Oberhammer* in: *Konfliktvermeidung und Konfliktregelung*, 32 (52 и след.).

⁵² *Rechberger NZ 1991, 69 (71).*

⁵³ *Rechberger NZ 1991, 69 (71/72).*

⁵⁴ *Rechberger NZ 1991, 69 (72); ders. in: Rechberger, ZPO³, vor § 266 Rn. 26; ders. in: Fasching/Konecny, Kommentar III², vor § 266 Rn. 47.*

говора о везујућем дејству признања тврдњи.⁵⁵ Супротан став – став праксе – је заправо догма⁵⁶ која води установљавању законске теорије доказа коју је постојећи закон управо желео да укине.⁵⁷ Ако се већ допушта изузетак да признање тврдњи не веже суд ако је пре њега стекао супротно уверење, зашто онда не прихватити да оно не важи и у случају да након њега резултат расправљања покаже супротно.⁵⁸

Након *Рехбергерове* жестоке критике повећао се број оних који су прихватили његово схватање, тако да је могао да констатује десетак година касније да је то сада владајуће схватање доктрине.⁵⁹ Ипак, на оно што је пребацио ревизијском суду – неопходност да се изјасни у погледу природе признања у смислу да ли се ради о диспозицији чињеницама или не – до данас није добио одговор.⁶⁰

2. Конклюдентно признање

Разлика аустријског и немачког права не исцрпљује се само у питању везаности суда признањем тврдњи, већ се може рећи да је цео комплекс питања који се везује за потребу доказивања различит. Оно што је у немачком праву заокружено у целину терета изјашењења, где се даље обрађује забрана паушалног оспоравања, дужност супстанцираног оспоравања и третман изјава са незнањем, у аустријском праву се своди на јединствено питање тзв. прећутног или конклюдентног признања (*schlüssiges Geständnis*). Поред принципијелно различите концепцијске полазне тачке, упориште за суштинско негирање заокруженог терета изјашењења у систему аГрпп је сам законски текст. Наиме, и поред начелне одредбе да странка треба да се изјасни о тврдњама противника (§ 178 ст. 1 аГрпп), изричито је предвиђено да у случају непостојања изричитог признања суд на основу резултата расправе оцењује да ли ће на то гледати као на признање тврдњи (§ 267 ст. 1 аГрпп); исто је и за изјаве са незнањем или несећањем (§§ 267 ст. 2 аГрпп). Овакво стање се сходно устаљеној пракси, коју прихвата и доктрина, сагледава искључиво спрам изостанка изричитог признања, у смислу да се јасно заузима став да само изричито признање аутоматски значи и непотребност доказивања; обрнуто, изостанак оспоравања сам за себе не

⁵⁵ *Rechberger* NZ 1991, 69 (72, 74).

⁵⁶ *Rechberger* NZ 1991, 69 (73).

⁵⁷ *Rechberger* NZ 1991, 69 (74).

⁵⁸ *Rechberger* NZ 1991, 69 (73). Касније на основу овог аргумента констатује да се његово схватање и *Фашингово* (тима и *Полаково* и *Шнерлово*) само мало разликују; в. *Rechberger/Simotta*⁷, Rn. 775 Fn. 76 a.E.

⁵⁹ *Rechberger* in: *Fasching/Konecny*, Kommentar III², §§ 266, 267 Rn. 8; в. *Holzhammer*, *Praktisches Zivilprozeßrecht I*⁶ [1998] 271, цит. према *Rechberger* aaO; *Holzhammer*, 195; *Ballon*¹², Rn. 229; *Oberhammer* in: *Konfliktvermeidung und Konfliktregelung*, 32 (52 и след.).

⁶⁰ Уп. *OGH* 2 Ob 28/94, 19. V 1994, где се изричито спомиње Рехбергерова критика, али се заузима став да у конкретном случају то нема важност за пресуђење, па се и оставља отвореним ово питање. Ипак, иако се *Рехбергер* не спомиње, горе већ споменута релативно свежа одлука из 2012. г. (*OGH* esolex 2012/104) говори у смеру става о (релативном) праву располагања чињеничном подлогом пресуђења диспозицији чињеницама.

води таквом резултату.⁶¹ Но, овакво начелно схватање реално гледано је ублажено, јер и сам аГрпп управо предвиђа тзв. конклюдентно признање, а пракса и доктрина развијају даље ту мисао.

Конклюдентно признање подразумева да се из држања странке, уз изостанак изричитог признања или оспоравања, ипак закључи да постоји признање тврдњи. Док *Холцхаммер* заступа став да већ паушално оспоравање тврдњи има значај признања, јер из § 178 ст. 1 аГрпп произилази и за странку која оспорава обавеза да се одређено изјасни,⁶² већинска пракса данас заступа нијансиранији став, кога подржава и *Рехбергер*. Тако, може се говорити уопште о конклюдентном признању само уколико у појединачном случају постоје значајне индиције за такав закључак.⁶³ Поред, рекло би се логичног случаја, када се изјашњење странке поклапа садржински са тврдњом противника, то је примера ради паушално, несупстанцирано оспоравање понављајуће и жучне тврдње противника, иако је странка могла лако да их оповргне.⁶⁴

Изјаве са незнањем су изричито подвргнуте истом режиму као и неизјашњавање. Суд треба да оцени на основу резултата расправе да ли ће сматра да је тиме учињено прећутно признање, или постоји потреба за доказивањем (§ 267 ст. 2 у вези са § 267 ст. 1 аГрпп).

3. Пропуштање странака у контексту потребе доказивања: контумационе пресуде

Контумациони систем у аустријском праву је доста сличан немачком, и на први поглед разликују се у појединостима. Што се тиче пресуде због пропуштања против туженог, начелно је исти механизам. Тако, пропуштање одговора на тужбу, или изостанак са првог рочишта након одговора на тужбу подразумева да су подлога за пресуђење само наводи тужиоца; уколико је тужба конклузивна, доноси се усвајајућа пресуда због пропуштања, а уколико није, одбијајућа пресуда која има контрадикторну природу.⁶⁵ И у аустријском праву није предвиђено изричито да се пресуда због неконклузивности услед непотпуности у овој ситуацији доноси тек по упућивању тужиоца и неуспешног санирања дефицита тврдњи, али је јединствен став да је то услов; он се изводи свакако из опште судијске дужности упућивања. Међутим, већ на редакцијском плану постоји разлика у односу на немачко право. Пропуштање или изостанак туженог не води фикцији признања, већ оно води

⁶¹ И више него јасно *OGH 4 Ob 79/08h SZ 2008/179*: „Прост изостанак оспоравања сам за себе није довољан за оцену да постоји [конклюдентно] признање тврдњи“. У том смислу и *1 Ob 14/93 SZ 66/59*; *7 Ob 799/81 SZ 55/166*; за даље одлуке в. *RS0039941*.

⁶² *Holzhammer*, 164, кога следи и *OGH 1 Ob 211/73 SZ 47/3*.

⁶³ *OGH 7 Ob 799/81 SZ 55/116*, са напоменом да је то нарочито случај када се ради и паушалном оспоравању тврдње о негативној чињеници; уп. и *1 Ob 14/93 SZ 66/59*; *Rechberger* in: *Fasching/Konency*, Kommentar III², §§ 266, 267 Rn. 17.

⁶⁴ *OGH 7 Ob 799/81 SZ 55/116*, са напоменом да је то нарочито случај када се ради о паушалном оспоравању тврдње о негативној чињеници.

⁶⁵ Треба напоменути да услов конклузивности уопште и није изричито прописан, али се он узима као саморазумљив већ од доношења аГрпп.

фикцији истинитости навода тужиоца (§ 396 ст. 1 аГрпп).⁶⁶ Наведена редакција се различито схвата у доктрини. Док се по једнима овде ради заиста о фикцији истинитости, стога и фикцији признања тврдњи,⁶⁷ за друге је то више од фикције признања, јер не само да се не морају изводити било какви докази, већ је и свако доказивање искључено као ригорозна последица пропуштања.⁶⁸ Заправо, за друго схватање у резултату и не постоји нити фикција истинитости, нити фикција признања.⁶⁹ С друге стране, ни узимање навода тужиоца као подлоге за пресуђење, без обзира како се теоретски образлагало, није без ограничења. Ради се о негативном услову за доношење контумационе пресуде: наводи тужиоца не смеју да буду оповргнути доказима који су већ пред судом (§ 396 ст. 1 аГрпп).

Изостанак тужиоца са првог рочишта након одговора на тужбу исто тако отвара врата пресуди због изостанка. Међутим, колико се може запазити, једини услов је просто, чак и паушално оспоравање његових тврдњи од стране присутног туженог.⁷⁰

Изложени контумацини систем је за владајућу доктрину која негира расправно начело очито противуречан. Како се начелно као подлога за пресуђење узимају непроверено наводи странке, то је крупан изузетак од иначе „владајућег ослабљеног истражног начела“.⁷¹ Стога и сам *Рехбергер* констатује, с позивом на *Фашинга*, да су пресуде због пропуштања једна последица расправног начела.⁷² Таква теза је онда и оправдање за негирање ових пресуда у поступцима у којима важи (чисто) истражно начело, или у којима странке немају право ни да признају тужбени захтев (нпр. тужба ради понављања поступка).⁷³ Уколико се узме као исправно схватање *Рехбергера*, да важи ослабљено истражно начело, опет наведена противуречност није нешто што системска грешка. Наиме, све се то враћа на основну концепцијску замисао *Клајна* и његово неробовање максимама. Показује се копромис између тежње ка исправној пресуди, што претпоставља и „утврђење истине“, и захтева за брзим решавањем спора. Овде се јасно види и постојање велике одговорности самих странака, што и не треба да чуди за *Клајнову* замисао, јер је оштар систем преклузија један од лајтмотива његовог модела.⁷⁴

⁶⁶ Уп. § 396 ст. 1 аГрпп: чињенични наводи тужиоца се имају узети као истинити.

⁶⁷ *Holzhammer*, 225; *Ballon*¹², Rn. 314; за даља упућивања на заступнике ове тезе *Rechberger in: Rechberger*, ZPO³, §§ 396-397 Rn. 2.

⁶⁸ *Rechberger in: Rechberger*, ZPO³, §§ 396-397 Rn. 2; *Rechberger/Simotta*⁷, Rn. 861; *Fasching*², Rn. 1397.

⁶⁹ У том смислу би се ово схватање могло означити као суштински настављач *Шнерлове* тезе по којој последица пропуштања или изостанка није никаква фикција признања, и у том смислу афирмативна литисконтестација, већ једноставно пресуђење само на основу навода једне странке. Но, треба истаћи да се савремени аутори и не позивају на њега. За *Шнерлово* схватање уп. *Аранђеловић*, ГПП II, 178 фн. 64; *Juhart Pravník XII* (1957), 202 (209).

⁷⁰ *Fasching*², Rn. 1400.

⁷¹ Тако изричито *Rechberger in: Rechberger*, ZPO³, vor § 396 Rn. 1.

⁷² *Fasching*², Rn. 1393; *Rechberger in: Rechberger*, ZPO³, vor § 396 Rn. 1.

⁷³ Уп. *Rechberger in: Rechberger*, ZPO³, vor § 396 Rn. 2.

⁷⁴ О преклузијама као интегралном делу *Клајновог* модела, уп. *Ballon*¹², Rn. 1. Утолико је касније преузимање немачког система правног лека против пресуда због пропуштања у виду приговора (1979. г.) оцењена прилично негативно у смислу разводњавања основне концепције *Клајна*. У том смислу *Фашинг* истиче да је увођење приговора као правног лека против пресуда због пропуштања чита, али и без оправдања, идеја о заштити дужника; *Fasching in: FB Klein*, 97 (104).

4. Екскурс: утицај правноснажне осуђујуће кривичне пресуде

Једна од битних разлика изворних аГрпп и нГрпп била је и решење проблема везаности парничног суда за кривичну пресуду у ситуацији када постоји идентитет чињеничног стања. *Клајн* се приклонио *фон Листовом (von Liszt)* мањинском ставу у то време, да парнични суд треба да буде везан осуђујућом кривичном пресудом у погледу постојања кривичног дела и кривичне одговорности. Тако је и гласио изворни § 268 аГрпп, који се схватао као стварање забрањене доказне теме у погледу чињеница које су се тичале „доказа или одговорности“ за кажњиву радњу (кривично дело). У контексту питања расправног начела, тиме је оно у потпуности и било негирано – важило је истражно начело – нити је постојао терет тврдње, нити је било могуће признање противно утврђењима кривичног суда у мери у којој је парнични суд везан за њих.⁷⁵ Међутим, на иницијативу *Вишег земаљског суда у Инсбруку* цитирана одредба је као неуставна укинута 1990. г. од стране аустријског *Уставног суда (аУС)*. Разлог за то је било тумачење праксе по којој је парнични суд био везан кривичном пресудом и у случају да у парници учествује тужени који није и осуђени; због кршења права на саслушање, тиме и чл. 6 ст. 1 ЕКЉП, одредба је укинута као неуставна.⁷⁶ Стога је данашње редакцијско стање начелно исто као и у Немачкој – постоји правна празнина. Непосредно након укидања одредбе пракса је заузимала доследан став да не постоји везаност парничног суда, отуда ни забрањена доказна тема, већ да за све чињенице постоји потреба доказивања.⁷⁷ Но, 1995. г. *Појачано веће аВС* доноси више него начелну одлуку, која суштински значи повратак на важење § 268 аГрпп, сада само са оградом у погледу права на саслушање. Аргументација је да кривична пресуда има дејство правноснажности и у погледу чињеничних утврђења које се тичу кривичног дела и одговорности у односу на осуђеног, што мора везивати сваки суд у којем се осуђени нађе као странка.⁷⁸ Тиме се *аВС* изричито позвао на став *Новаковског (Nowakowski)* још из 1948. г., који касније и није био прихваћен од целе доктрине.⁷⁹ Каснија пракса је прихватила ово схватање, што је и до данас случај. У резултату поново постоји забрањена доказна тема, тиме и истражна овлашћења суда, сада са позивом на материјалну правноснажност кривичне пресуде. Консеквентно томе, и повреда ове одредбе је разлог ништавости (=апсолутно битна повреда), јер потпада под повреду правноснажности, што опет значи да забрана новота не важи.⁸⁰

⁷⁵ Уп. *Fasching*², Rn. 864.

⁷⁶ *VfGH G 73/89 VfSlg 12.504 = öAnwBl 1990, 734 = JBl 1991, 104*. *АУС* констатује у одлуци да § 268 аГрпп није могао да буде тумачен уставнокомфорно због устаљене судске праксе, па је зато било неопходно да се укине.

⁷⁷ *OGH 2 Ob 41/91 RZ 1992/39; 2 Ob 9/92 SZ 65/47; 2 Ob 541/92 ecolex 1993, 238; 5 Ob 527/94, 28. 06.1994. (RS0040467)*.

⁷⁸ *Verstärkter Senat des OGH 1 Ob 612/95 SZ 68/195*.

⁷⁹ Следи га у резултату *Holzhammer*, 198; супротно *Fasching*², Rn. 858. За даља упућивања уп. *Rechberger* in: *FS Gaul*, 539 (546 и след.).

⁸⁰ *RS0074230*, последње *OGH 6 Ob 21/13a JBl 2013, 571*. Иначе и сам разлог ништавости пресуде у виду повреде правноснажности није таксативно набројен у § 477 где аГрпп то чини, већ се такав

Ова одлука је наишла на доста оштре критике теорије, и то управо у погледу наведеног аргумента. Ако може да се сумира критика, она би могла да се изрази у два става. Први, схватање *ABC* је противно основној концепцији суђења и тиме правноснажности; чињенице не могу да постану правноснажне, и оне нису ни подобне за то,⁸¹ а ако би се то прихватило, онда би парнични суд морао да буде везан за правне квалификације кривичног суда.⁸² Други, да теза о везаности није спојива спрам задатака и функција кривичног и парничног поступка.⁸³ У сваком случају схватање доктрине иде у правцу одређене доказне снаге кривичне пресуде, заправо иде у правцу прихватања немачког решења. Ипак, устаљеност судске праксе чини немогућим њено преобраћање, па зато 1997. г. *Рехбергер* одустаје од своје првобитне оптимистичне тезе да треба оставити законску празнину и да ће пракса моћи да прихвати „методолошки коректније решење“; по њему је сада потребна законодавна интервенција, па предлаже нову формулацију § 268 аГрпп у којој је опет видљива његова мисао о неважењу расправног начела:

[н]е требају доказа чињенице утврђене казненом пресудом, које су релевантне како за казненосудску осуду, тако и за одлуку и грађанскоправном захтеву.

Одређење „не требају доказа“ треба по њему да има исти значај као и исто такво одређење код признања тврдњи, што значи да се тиме не ствара забрањена доказна тема, чиме још једном показује свој став о природи признања тврдњи.⁸⁴ Такво решење проблема било би, у наслањању на *Гаула*, „доказно решење“, које би се на крају кретало у оквиру слободне оцене парничног суда. Као закључак треба само констатовати: до сада се законодавац није огласио, пракса је устаљена, а теорија већином незадовољна.

IV. Извођење доказа – субјективни терет тврдње

У погледу предлагања доказа који треба да служе за утврђивање истинитости страначких тврдњи (*Wahrheitsprüfung*) начелно се полази од расправног начела. На местима где се говори у терету тврдње, истовремено се и предвиђа „дужност“ да странка истовремено понуди и доказе (§§ 178, 226 ст. 1, 239 ст. 1 аГрпп), па се у том смислу говори о принципу „везивању доказа“ (*Beweisverbindung*).⁸⁵ На то се свакако и надовезује горе споменути проблем дужности супстанцирања тврдњи и истраживачког доказивања, јер да би се усвојио доказни предлог неопходно је да је јасно одређена тема доказивања. Овде треба да се разјасни основно питање – да ли је суд везан за доказне предлоге, па у складу са тим и да се изведе и закључак о

закључак изводи из чињенице да већ правноснажно пресуђена ствар представља сметњу на коју суд пази по сл. дужности; владајуће схватање теорије и праксе, уместо свих *Rechberger* in: *Rechberger*, ZPO³, § 411 Rn. 2.

⁸¹ Уп. *Rechberger* in: FS Gaul, 539 (546 и след. са даљим упућивањима), с тим да се признаје да и овде важи правило да „свако правило има и свој изузетак“, а то је утврђивање аутентичности или неаутентичности исправа (§ 228 аГрпп).

⁸² *Fasching* in: FS Schumann, 83 (87).

⁸³ *Rechberger* in: FS Gaul, 539 (539 и след.), с позивом на *Гаула*.

⁸⁴ Уп. *Rechberger* in: FS Gaul, 539 (550 и след.).

⁸⁵ *Rechberger* in: *Fasching/Konecny*, Kommentar III², vor § 266 Rn. 84.

постојању субјективног терета доказивања. *Клајново* схватање је у овом сегменту највише дошло до изражаја, с обзиром да суд има овлашћење да изводи доказе *ex offio*, дакле и без доказних предлога (§ 183 аГрпп). Стога је основна концепција „везивања доказа“ у великој мери релативизиована. Због тога се постављају даља два питања. Прво, каква је природа извођења доказа по сл. дужности, и друго, од каквог је утицаја таква могућност на концепцију субјективног терета доказивања.

1. Извођење доказа по службеној дужности

Овлашћење суда у овом правцу често се назива „дискреционом власти суда“.⁸⁶ С друге стране, за разлику од немачке доктрине, и овај сегмент се обухвата појмом материјалног управљања парницом, јер и сам аГрпп тако предвиђа.⁸⁷ Ипак, у нашем приказу одвајамо извођење доказа по сл. дужности од материјалног управљања парницом ради конзистентности нашег рада. Речена напомена треба свакако да се има у виду.

Једино ограничење које постоји односи се на доказ сведоцима и исправама, који се не могу извести по сл. дужности уколико то обе странке сагласно не желе (§ 183 ст. 2 аГрпп). Ради се о измени коју је правосудни одбор учинио у односу на *Клајнов* предлог, тј. предлог Владе. Иако на почетку *Клајн* није био задовољан овим, касније констатује да је то било оправдано, и како је већ речено, то је за њега израз расправног начела, који би захтевао читав низ другачијих решења да није усвојен. Посматрано практично, исто као што извођење доказа по сл. дужности не игра важну улогу, ни овај изузетак нема готово никакво место у пракси. Међутим, на концепцијском нивоу он је значајан, јер је изузетак – он дозвољава да се извођење доказа третира као (хипотетички гледано) правило, које потврђује тезу о ублаженом истражном начелу, или тезу о непостојању расправног начела.⁸⁸ Супротно, за *Фашинга* сходно његовој концепцији, извођење доказа по сл. дужности није знак постојања ублаженог истражног начела, јер с једне стране управо постоји наведени изузетак, док с друге стране суд је и код таквог доказивања зависан од странака, и то двоструко: прво, мора се кретати у оквиру страначких тврдњи, што би значило да (начелно) нема ни судског истраживачког доказивања;⁸⁹ друго, странке могу да учине излишним доказивање по сл. дужности, јер стављањем тврдњи ван спора искључују испитивање истине. Опет, у последњем аргументу долази до изражаја даља разлика *Фашинга* у односу на већину, а то је да признање тврдњи није доказно средство, већ је суд по правилу везан за њега. Према томе, види се колико је проблематика толико зависна од различитих ствари и колико схватање о моделу

⁸⁶ *Holzhammer*, 105; *Rechberger/Simotta*⁷, Rn. 404; *Fucik* in: *Rechberger*, ZPO³, § 183 Rz. 1; *Fasching*², Rn. 659; *Böhm* Ius Commune VII (1978), 136 (157).

⁸⁷ § 183 ст. 1: „ради испуњења дужности које му се налажу у § 182 [дужност упућивања, прим. *М. К.*], председник већа може нарочито:“, где спада и доказивање по сл. дужности (§ 183 ст. 1 т. 4 аГрпп).

⁸⁸ Тако је овај аргумент заправо основни за *Рехбергерово* схватање; в. горе § 11 II.

⁸⁹ Ипак, сам *Фашинг* раније у свом уџбенику истиче да је могуће и истраживачко доказивање по сл. дужности; *Fasching*², Rn. 659.

прикупљања процесног материјала, *i. e.* схватање о начелу, зависи од брижљиве обраде свих питања и заузимања доследних ставова.

У погледу, може се рећи, кључног питања – да ли се ради само о овлашћењу суда, или о његовој дужности – изгледа да изричитог изјашњавања нема, осим *Балона* који напомиње да суд „може, дакле не мора“.⁹⁰ За разлику од немачке доктрине где је ово питање било предмет расправе, у аустријској доктрини, делом и пракси, оно се не спомиње. Одређене смернице из којих се евентуално може назрети оптирање за једну или други варијанту, ипак постоје. Прво, тиме што се овлашћење суда да изводи доказе по сл. дужности назива „дискреционим овлашћењем“, говори се у прилог томе да се не ради о дужности суда. С друге стране, владајући став теорије и праксе поводом питања предујмљавања трошкова за вештачење када је одређено по сл. дужности, по којем не долази у обзир његово неизвођење уколико трошак није предујмљен,⁹¹ могао би да буде ослонац за схватање да се ради о дужности суда. Исто тако, чак и да је само странка предложила вештачење, а није положила предујам, не значи аутоматски да се доказ неће извести; уколико суд сматра да му је вештачење потребно наредиће га по сл. дужности. Последњи случај када је могло да дође до изричитог изјашњавања *аВС* о овом питању протекао је без успеха.⁹² Због тога се и не може говорити о ставу аустријске доктрине; он је још увек нејасан, са изузетком *Балона*. Због практичне стране проблема, која говори заправо да и нема проблема – странке редовно и саме предлажу доказе – чини се да у догледно време и неће довести до потребе за изјашњавањем.

2. Последица на концепцију о субјективном терету доказивања?

Начелна могућност да суд изводи доказе *ex offio*, сходно томе и значајни „растанак“ од расправног начела (*Рехбергер*), довела је и до релативизације субјективног терета доказивања, закључно са његовим негирањем. Наиме, почетна теза коју још почетком прошлог века потенцира *Розенберг*, да је субјективни терет доказивања могућ само у поступку по расправном начелу, уз његово негирање у аустријском поступку, значила је у исходу и негирање самог субјективног терета доказивања.⁹³ Заправо, ако се исправно гледа генеза *Клајнових* идеја, види се да је ово схватање заправо враћање на идеју *Генера*. Ако суд може да изводи доказе по сл. дужности, па и има још и такву обавезу, онда субјективног терета доказивања

⁹⁰ *Ballon*¹², Rn. 233.

⁹¹ *Fasching*², Rn. 1009; *Rechberger/Simotta*⁷, Rn. 813; *Rechberger* in: *Rechberger*, ZPO³, § 365 Rn. 3; *Schragel* in: *Fasching/Konecny*, Kommentar II/2², § 183 Rn. 7; *OGH* 1 Ob 163/68 JBl 1968, 626 = SZ 41/85; последње *OGH* 3 Ob 156/12f Zak 2012/712. Треба напоменти да је *Фашинг* предлагао и укидање одредбе о неизвођењу доказа вештачењем ако странке нису предујмиле доказ, јер у избору између оптерећења државне касе и проналажења истине, зарад исправног пресуђења, предност треба дати другом; *Fasching* in: *Verfahrensreformen im österreichischen Recht*, 53 (56).

⁹² Наиме, призивни суд је допустио рекурс, јер је сматрао да се о овом питању *аВС* није изјаснио; *аВС* је ипак сматрао да рекурс није дозвољен, јер у конкретном случају није ни било по среди такво питање, тј. оно није било каузално у конкретном случају, већ је сматрао да је каузално било питање да ли суд може да изведе доказ вештачењем и без предујма трошкова, што је већ одавно „решено“. Тако је и избегао одговор на постављено питање. Уп. *OGH* 3 Ob 156/12f Zak 2012/712.

⁹³ Тако управо већ *Pollak*², 656 и след.

нема. *Клајново* позивање на *Генера* стога има значај и овде, управо што је позивање било у контексту извођења доказа по сл. дужности – дужност да суд од сазнања за правозаштитну иницијативу странака (пре свега тужиоца) уради све да би се расветлило чињенично стање. Дакле, ради се о скидању терета са странака. Тако би онда и могао да се разуме § 183 аГрпп. Ипак, то се не може приписати данашњој доктрини. Субјективни терет се не негира да постоји, већ се релативизује: он не игра одлучујућу улогу у поступку.⁹⁴ Супротно, тамо где важи чисто истражно начело, он не постоји. Ако се то има у виду, а уз неспомињање *дужности* суда да изведе доказе по сл. дужности, нити последице да суд то није урадио, може се закључити да субјективни терет доказивања свакако постоји, али да је он значајно ублажен, и то не само кроз могућност извођења доказа по сл. дужности, већ пресудно кроз дужност упућивања у смислу санирања дефицита доказних предлога. Управо тако и резонује *Фашинг* и истиче да постојање § 183 аГрпп не укида субјективни терет доказивања.⁹⁵

V. Саодговорност суда: дужност расправљања, упућивања и питања

1. Појам, оправдање и циљ дужности упућивања

Општа судијска дужност упућивања је један од камена темељаца *Клајнове* замисли, и како је речено до данас нетакнута. Она подразумева да суд пре свега питањима треба да утиче на странке да оне разјасне своје тврдње, да санирају дефиците тврдњи и да означе доказе. Према самој редакцији § 182 ст. 1 аГрпп, циљ дужности суда је истинито утврђење „права и захтева које странке износе“.

Нема сумње да је дужност упућивања усмерена ка „утврђивању (материјалне) истине“, што је и интенција *Клајна*. Спрам тога се и оправдава теза да је средиште аустријског поступка проналажење истине.⁹⁶ Но, таква мисао није никако идентична са социјалистичким поимањем „начела материјалне истине“. Дужност суда овде није инквизиторна, већ само помагачка. Он не истражује истину преко оног чињеничног комплекса који је потребан за примену права спрам додаташњих страначких навода. Када се то повеже са објективним теретом тврдње, види се да је мисао избегавање пресуђења на основу њега.

2. Садржај дужности упућивања

A. Постављање питања ради допуњавања тврдњи

Први задатак суда у оквиру дужности упућивања је постављање питања ради допуне чињеничних навода. Ради се о случајевима дефицита тврдњи, што се јасно и види из редакције § 182 ст. 1 аГрпп: судија треба да пита странке ради

⁹⁴ *Rechberger* in: *Fasching/Konecny*, Kommentar III², vor § 266 Rz. 24; *ders.* in: *Rechberger*, ZPO³, vor § 266 Rn 9.

⁹⁵ *Fasching*², Rn. 880.

⁹⁶ Уп. *Rassi* ZZP 121 (2008), 165 (185).

употпуњавања недовољних навода о околностима који се тичу основаности и побијања захтева. Стога је повод за постављање питања, и уопште појам дефицита тврдње, у аГрпп мање-више изричито предвиђен. Наиме, потреба за упућивањем је условљена претходним наводима странака, из којих се мора видети ослонац за примену једне норме од које зависи усвајање или одбијање захтева; другим речима, да би постојао дефицит тврдње, потребно је да је путем навода странака суд закључио да постоји повод за примену једне норме. Према томе, суд уопште није дужан, штавише забрањено му је, да поставља питања ради изношења навода који се односе на примену норми за које према дотадашњим резултатима расправљања уопште нема повода. Конкретна норма мора бити „индикована“ дотадашњим чињеничним наводима странака.⁹⁷

Сходно наведеном се и поставља граница дужности упућивања. Постављање питања ради нових навода од којих зависи примена једне норме, а за коју нема никаквог ослонаца спрам резултата расправљања, представља не само кршење § 182 ст. 1 аГрпп, већ у одређеном броју случајева ствара слику пристрасности суда код супротне странке и разлог је за изузеће судије.

Кроз уређење дужност суда се и потврђује постојање принципијелне везаности суда за тврдње странака и објективан терет тврдње уопште. Наиме, постављање питања ради санирања дефицита тврдњи је све што суд и може да учини, с обзиром да од странке зависи да ли ће одговорити на питање или не; не постоји могућност принуде, па када странке не следе упућивање суда, управљање поступком је досегнуло своје границе.⁹⁸ Стога, уколико се након тога не санира дефицит, суштински се примењују норме терета тврдње. Тужба се одбија због неконклузивности услед непотпуности, односно пресуђује се против туженог, наравно уз услов да је тужба конклузивна. Према томе, на овај начин се и заокружује метод поступања првостепеног суда, који је како се види готово идентичан као у немачком поступку. Костур метода је испитивање конклузивности тврдњи, и у случају дефицита се постављају питања. Безуспешно испуњена дужност суда доводи до примене механизма терета тврдње.

Б. Постављање питања ради означавања или допуне доказних предлога

Друга дужност суда се односи на „означавање доказних средстава“ или на „допуну доказних предлога“. Први случај се тиче дефицита доказних предлога у класичном смислу – за правнорелевантне чињеничне тврдње, у погледу којих постоји потреба доказивања, није понуђен ниједан доказ. Узрок за то је у великом броју случајева подрешна оцена странака у погледу расподеле терета доказивања. С друге стране је могуће да странка која заиста сноси терет доказивања сматра да једна њена тврдња и није битна. У сваком случају суд (принципијелно) треба да се

⁹⁷ Искрпно *Schumacher*, 18 и след.; за нарочито диференцирање спрам страначке улоге уп. *Schragel* in: *Fasching/Konecny*, Kommentar II/2², §§ 182, 182a Rn. 11 и след. са даљим упућивањима на праксу.

⁹⁸ *Schragel* in: *Fasching/Konecny*, Kommentar II/2², §§ 182, 182a Rn. 8, с позивом на *OGH SZ 4/107*.

обрати странци која сноси терет доказивања са указивањем на потребу предлагања доказа.

Други случај је много деликатнији, јер према редакцији норме може да се дође и до тезе да суд треба да тражи нове доказе и онда када је извео постојеће, али који му нису пружили јасну слику о истинитости доказне теме. Тако нешто се једнодушно негира, јер би се тиме успоставила дужност суда да саопштава странкама резултате доказивања на самом рочишту, те би се тиме и дужност упућивања претворила у једну безграничну обавезу. У том смислу „допуна доказних предлога на основу недовољне доказне снаге постојећих“ није разлог за упућивање.⁹⁹ Овај случај упућивања се везује за ситуације када се из резултата расправљања дође до сазнања о новим доказним средствима; примера ради, из исказа једног сведока се сазна за постојање неког другог потенцијалног сведока. Тиме се упућивање не чини зависним од доказне снаге постојећих доказа и своди се на тежњу да се исцрпе сви постојећи доказни потенцијали.¹⁰⁰

В. Материјалноправни приговори

Дужност упућивања се схвата и као дужност разјашњавања страначких навода и изјава, па се зато, као и у немачкој доминатној доктрини, признаје дужност суда да упућује странку у погледу материјалноправних приговора онда када постоји ослонац да се он истиче. Према томе, потребано је да се може препознати воља странке управо да врши своје право приговора, односно како *Шумахер* истиче за приговор застарелости, да је он индикован кроз навод странке.¹⁰¹ Супротно, без обзира што су чињенице приговора унете у поступак, уколико нема било каквог ослонаца за назнаку да странка изјављује приговор, дужност питања не постоји.¹⁰²

3. Забрана пресуде изненађења

Забрана пресуда изненађења је од Новеле 2002. г. изричито предвиђена. Према новоуведеном § 182а аГрпп

[с]уд треба да претресе са странкама њихове стварне [*scil.* чињеничне] и правне наводе. Осим у погледу споредних захтева суд сме да заснује своју одлуку на правним аспектима које је једна странка видљиво превидела или их држала за небитне само ако их је претресао са странкама (§ 182) и дао им могућност за изјашњење.¹⁰³

Међутим, и пре 2002. г. у пракси и теорији је била јасно изграђена забрана пресуде изненађења. По узору на немачку теорију и праксу из саме дужности упућивања и

⁹⁹ Изричито *Schumacher*, 24 и след. са даљим упућивањима на праксу.

¹⁰⁰ *Schumacher*, 25.

¹⁰¹ *Schumacher*, 53.

¹⁰² Уп. *Schumacher*, 54 и след. са даљим упућивањима.

¹⁰³ § 182а аГрпп: Das Gericht hat das Sach- und Rechtsvorbringen der Parteien mit diesen zu erörtern. Außer in Nebenansprüchen darf das Gericht seine Entscheidung auf rechtliche Gesichtspunkte, die eine Partei erkennbar übersehen oder für unerheblich gehalten hat, nur stützen, wenn es diese mit den Parteien erörtert (§ 182) und ihnen Gelegenheit zur Äußerung gegeben hat.

права на саслушање се дошло до схватања да суд не сме да заскочи странке својом правном оценом спора, и да спрам дефицита чињеничног материјала пресуди.¹⁰⁴ Уједно се и негирала општа дужност суда да обавезно и увек саопшти странкама своју правну оцену, с обзиром да то и није смисао концепта забране пресуда изненађења; то је било потребно само онда када због другачије правне оцене постоји дефицит процесног материјала.¹⁰⁵ Управо због тога се и § 182а аГрпп схвата као законско прихватање већ успостављене и устаљене праксе.¹⁰⁶

Данашње схватање § 182а аГрпп принципијелно прати већ заузете ставове. Сама околност што се успоставља дужност суда да претреса и правне наводе са странкама не значи увођење опште дужности вођења „правног разговора“. Он је нужан само онда када је видљиво да странка другачије квалификује спор и да спрам тога постоје дефицити тврдњи и доказних предлога. Уколико заиста постоји дивергентна правна оцена између странке и суда, али не постоје дефицити према јединој релевантној оцени – оцени суда – не постоји ни обавеза саопштавања, што значи у резултату да таква пресуда неће бити изненађење за странку и неће представљати битну повреду поступка.¹⁰⁷

Забрана пресуде изненађења се још и пре Новеле системски повезивала и са другим одредбама. Тако је увиђање суда да ће донети пресуду изненађења разлог за отварање већ закључене усмене расправе (§ 194 аГрпп), са циљем да се укаже странкама на потребу санирања дефицита процесног материјала.¹⁰⁸

Образложење забране пресуде изненађења је идентично успостављеној немачкој доктрини, што свакако претпоставља потврду правила да је суд везан у најмању руку тврдњама странака. Тако, странке јесу одговорне за постављање навода и постоји објективан терет тврдње. Међутим, пошто је питање терета тврдњи нераскидиво везано са правном квалификацијом спора, превид странака у том погледу не може да води губитку спора због дефицита тврдњи. Како то *Фућик* (*Fucik*) истиче, уколико суд не би имао дужност да странке обавести да су у правној заблуди и да спрам тога постоји потреба да се санирају дефицити, он би их управо намерно навлачио на танак лед.¹⁰⁹ Тако нешто је незамисливо за аустријско схватање поступка, које у том делу у потпуности одговара и немачком; суд је заиста одговоран за постизање циља поступка и то принципијелно не може да зависи од

¹⁰⁴ *Sprung/König* JBl 1976, 1 (6 и след.); *Schumacher*, 59 са даљим упућивањима; *OGH* 1Ob 544/84 SZ 57/85; 6 Ob 8/83 SZ 57/31 са даљим упућивањима на праксу. Међутим, већ *Полак* пре Другог светског рата истиче да забрана изненађења странака са до тада непретресаним правним оценама представља драгоцену идеју; *Pollak*², 638.

¹⁰⁵ *Sprung/König* JBl 1976, 1 (6 и след.); *Schumacher*, 58 и след. са даљим упућивањима на тадашњу праксу.

¹⁰⁶ Тако *Schrägel* in: *Fasching/Konecny*, Kommentar II/2², §§182, 182a Rn. 10.

¹⁰⁷ *Fucik* in: *Rechberger*, ZPO³, §182a Rn. 3; *Schrägel* in: *Fasching/Konecny*, Kommentar II/2², §§ 182, 182a Rn. 10; уп. *OGH* 7 Ob 181/04z eolex 2006, 78: не представља пресуду изненађења, тиме и повреду § 182а аГрпп, несаопштавање правне оцене суда уколико странка истиче да је тиме онемогућена да изнесе само своју правну аргументацију. И више него јасно *OGH* 9 ObA 158/13w (RS0122749): забрана пресуда изненађења не значи никако да суд мора да саопшти своје правно схватање пре пресуде; супротно важи када правнорелевантне чињенице нису изнете.

¹⁰⁸ *Sprung/König* JBl 1976, 1 (7); *Schumacher*, 62.

¹⁰⁹ *Fucik* in: *Rechberger*, ZPO³, § 182a Rn. 3.

превида странака у погледу правне оцене спора, па макар оне биле заступане и путем адвоката.

Изричито прописивање забране пресуде изненађења је са собом само додатно поострило судијску саодговорности и проширило је појам саме пресуде изненађења. Наиме, раније је она негирана уколико би већ противник странке на којој лежи терет тврдње и доказивања указао на исправну правну оцену спора; у том случају није постојала дужност суда да укаже странци на дефиците.¹¹⁰ Са § 182а аГрпп се и овај случај подводи под потребу упућивања, на шта је указао *Шрагел* (*Schragel*) и што је изричито прихватио *аВС*.¹¹¹ У том смислу указивање противника није замена за судијско упућивање, већ је једино битно да странка и даље видно превиђа исправне правне аспекте спора.

4. Природа дужности упућивања; питање упућивања адвоката

Од доношења аГрпп 1895. г. нема никакве дилеме да су норме које предвиђају активност суда на плану прикупљања процесног материјала императивне природе. То не само да произилази из редакције одредаба, већ је то и срж самог схватања поступка и улоге суда у њему.¹¹² Оно што је међутим спорно јесте питање границе дужности. Пре свега у контексту односа према адвокатима као пуномоћницима странака.

Испуњавање дужности у крајњој линији и јесте поучавање,¹¹³ па се зато и поставља питање да ли је нужно и оправдано поучавати и адвокате. Уколико се прихвати постојање дужности и у односу на адвокате, поставља се питање и сврхе принудног адвокатског заступања и укидања постулативне способности странака.

Према владајућој доктрини и пракси дужност питања постоји и у тзв. адвокатском поступку, тј. у поступцима у којима странке морају да буду заступане путем адвоката.¹¹⁴ Образложење је у самом схватању поступка, и на овом примеру се показује оно што *Оберхаммер* назива изразом „типичног аустријског схватања поступка“.¹¹⁵ Наиме, и поред тога што принудно адвокатско заступање постоји управо ради обезбеђивања могућности постизања правне заштите, она се не може условљавати у крајњој линији компетентности конкретног адвоката.¹¹⁶ Странка не треба да трпи штетне последице зашто што њен адвокат није поставио све потребне тврдње и понудио доказе. Основна мисао која је данас присутна се враћа и на изворну идеју *Клајна* у виду самих странака, тј. становништва као објекта социјалне заштите.¹¹⁷ Ипак, конкретизација упућивања адвоката је другачија у односу на неуре

¹¹⁰ *OGH 1 Ob 356/98d SZ 72/28.*

¹¹¹ Од 7 Ob 83/05i JBl 2006, 184 се заузима такав став (*RS0120056*), што и теорија прихвата; *Fucik in: Rechberger, ZPO³, § 182a Rn. 2.*

¹¹² Уп. *Kralik in: FB Klein, 89 (92).*

¹¹³ Уп. *Schumacher, 34 са даљим упућивањима.*

¹¹⁴ *B. Schumacher, 34 са даљим упућивањима; Kralik in: FB Klein, 89 (92).*

¹¹⁵ *Oberhammer in: Konfliktvermeidung und Konfliktregelung, 34 (57).*

¹¹⁶ У том смислу *Fasching², Rn. 655; ders. in: FB Klein, 97 (103/104); Schragel in: Fasching/Konecny, Kommentar II/2², §§ 182, 182a Rn. 13; Schumacher, 36.*

¹¹⁷ *Fasching in: FB Klein, 97 (103).*

странке, јер се она мање-више исцрпљује у указивању на дефиците узроковане превидима исправне правне квалификације.¹¹⁸ Адвокатима не следује никако и поучавање о правним последицама процесних радњи или пропуштања, или поучавање о конкретним процесним предлозима који треба да се поставе.¹¹⁹ Упућивање се своди на „претресање“ (*Erörterung*).¹²⁰

5. Начин и време вршења дужности упућивања

Већ се на основу закључка о дужности упућивања и у односу на адвокате показало да начин испуњења задатака суда варира и различитог је интензитета.¹²¹ Адвокатима не следују никакве поуке, док неуким странкама судија пружа додатну помоћ. У сваком случају сам § 182 ст. 1 аГрпп као начин испуњења дужности суда предвиђа „постављање питања или други начин“. У доктрини се у том смислу покушава диференцирање начина упућивања у смислу издвајања поучавања, претресања, постављања питања, указивања и сл. У резултату се долази до закључка да је могуће дати само оријентационе тачке, које се опет пресудно везују за питање заступања странке.¹²² Но, у сваком случају, чак и да је странка неука, суд не сме да врши упућивање тако да јој „ставља у уста потребан одговор“.¹²³

Судијска дужност упућивања је предвиђена као активност на усменој расправи. За разлику од немачког права аГрпп не предвиђа и могућност упућивања ван рочишта за усмену расправу, дакле писаним путем. О томе се на општем плану и не говори у доктрини или пракси.

Како је дужност упућивања предвиђена као један од задатака суда на усменој расправи, што је свакако у пракси и један од најзначајнијих, она постоји за читав овај стадијум; на сваком рочишту, било оно припремно, или неко наредно, суд има дужност да упућује. Наравно, како би суд допринео концентрацији поступка, његова је дужност да то учини већ на припремном рочишту, што је и додатно оснажено на редакцијском плану Новелом из 2002. г. и увођењем института програма поступка (*Prozessprogramm*; § 258 ст. 1 бр. 4 аГрпп).¹²⁴ Да би он уопште могао да испуни своју сврху, већ на почетку поступка – дакле, на припремном рочишту – нужно је да процесни материјал буде концентрисан. Уколико постоје спрам припремних поднесака дефицити, они треба да се санирају одмах на почетку, пре утврђивања програма поступка. Свако изостајање упућивања и његово испуњавање тек касније повлачи са собом и промену програма и непотребне утрошке времена и, на крају, новца.

¹¹⁸ У том смислу *OGH 1 Ob 606/77 SZ 50/80*; *Schumacher*, 34 и след.; *Fasching*², Rn. 655.

¹¹⁹ Уместо свих *Fucik in: Rechberger, ZPO*³, § 182 Rn. 1 са даљим упућивањима.

¹²⁰ *Schumacher*, 36.

¹²¹ Уп. *Schumacher*, 74: „судијско «упућивање» странака се може вршити са *различитим интензитетом*“ (истицање аутора).

¹²² Уп. у том смислу *Schumacher*, 74 и след.

¹²³ *Schumacher*, 34.

¹²⁴ О програму поступка опширније *Rechberger/Klicka in: Rechberger, ZPO*³, § 258 Rn. 2

И поред тога што је призивни поступак принципијелно изграђен као контролни, простора за упућивање на њему итекако постоји, па се зато и закључује да §§ 182, 182а важе и на призивној расправи.¹²⁵ О томе ће бити речи у наредној делу који је посвећен управо значају повреда §§ 182, 182а аГрпп. Овде треба само констатовати да онда када постоји потреба за упућивањем, спрам општих критеријума, и призивни суд мора да поставља питања ради санирања дефицита, а нарочито су и њему забрањене пресуде изненађења.

6. Однос дужности упућивања и правила о преклузији

Тежња ка брзом окончању спора је један од лајтмотива *Клајнове* реформе и у том смислу, за разлику од изворног нГрпп, аустријски поступак садржи ефикаснија правила о преклузији изношења процесног материјала током првостепеног поступака, као и забрану новота у призиву. Овај аспект аустријског поступка и *Клајнове* концепције се нарочито у домаћој доктрини помало занемарује и акцентује се само део аустријског модела који је оријентисан ка утврђивању правог стања ствари и у том смислу судијске активности. Међутим, два захтева која су традиционално супротстављена – тежња ка исправном и тежња ка брзом пресуђењу – равноправни су постулати аустријског схватања поступка. *Клајн* је покушао, чини се са успехом, да направи баланс кроз, с једне стране, саодговорност суда, изражене кроз општу дужност упућивања, и с друге стране кроз оштре последице пропуштања. Ова међузависност је коначно Новелом 2002. г. постала и изричито законско правило, с обзиром да је основни параметар преклузије новог процесног материјала током првостепеног поступка испуњеност судијске дужности.

АГрпп полази од принципа јединства главне расправе по којем странке могу да износе процесни материјал до њеног закључења.¹²⁶ Међутим, још од изворне редакције постоји могућност преклузије. Она је данас конципирана заправо на немачкој идеји о дужности странака да подупиру поступак (*Prozessförderungspflicht*): „свака странка треба своје изјаве да дâ тако благовремено и потпуно, како би поступак могао што је могуће брже да се спроведе“ (§ 178 ст. 2 аГрпп). Конкретизација ове дужности је правило о преклузији, по којем суд неће уважити нове тврдње и доказне предлоге – на предлог противника или по сл. дужности – када, нарочито спрам претресања чињеничних и правних навода (§ 182а аГрпп), они због грубе непажње нису изнети раније и када би њихово допуштање битно успорило окончање поступка (§ 179 реч. 2 аГрпп).

Иако су параметри преклузије питање кривице странке (груба непажња) и временски утицај на окончање поступка, суштински услов је мера испуњености дужности упућивања. Баш као и у немачком праву, и овде се питање преклузије ставља у контекст саодговорности суда. Уколико је неблаговремено изношење

¹²⁵ Тако већ *OGH 5 Ob 543/59 SZ 32/161*; *8 Ob 272/68 SZ 41/148*; *Fasching*², Rn. 1805; *Schumacher*, 79 и след.; *Schrägel* in: *Fasching/Konecny*, Kommentar II/2², §§ 182, 182a Rn. 10, и с позивом на њега *OGH 7 Ob 181/04z ecollex 2006*, 78.

¹²⁶ То је и у складу са схватањем с краја XIX века, по којем је евентуална максима требала коначно да се укине.

процесног материјала саузроковано пропуштањем суда – неиспуњењем дужности упућивања – он никако није обухваћен преклузијом. Како *Шрагел* напомиње, закон јасно поставља као правило да суд при оцењивању да ли постоји груба непажња мора да се запита да ли је он сам допринео закаснелом изношењу навода, јер није довољно претресао чињеничне и правне наводе странака, пре свега на припремном рочишту, и тиме указао странкама на нужност допуне процесног материјала спрам његове правне оцене.¹²⁷ Према томе, може се закључити да преклузије нема уколико сам суд није испунио своју дужност која управо и постоји ради указивања странкама на потребу изношења процесног материјала. Сам суд такође има дужност да допринесе брзом окончању поступка, и то он чини тако што испуњава своју дужност благовремено, дакле на припремном рочишту. Кршење такве дужности се никако не сваљује на странке тако да би наступила преклузија за коју оне и нису у потпуности одговорне. То је већ и одавно принципијелно схватање аустријске доктрине у смислу да када постоји пропуст како суда тако и странака, грешка се приписује само суду,¹²⁸ што има изузетан практични значај, а пример са преклузијама то показује.

Кроз овакво уређење и схватање односа судијске дужности као израза саодговорности суда и преклузија као израз одговорности странака већ се види основна интенција *Клајна*. Првостепени поступак треба да служи сакупљању процесног материјала, и тежња ка доласку до идеалног чињеничног стања је манифестована кроз активну улогу суда. Међутим, када је он испуни, одговорност за ефикасно окончање поступка се пребацује на странке, па је и зато могуће наступање преклузија. Како је речено, реформом нГрпп из 2001. г. ова мисао је заправо и продрла у немачки поступак. У сваком случају на странке није сваљена комплетна одговорност, јер би се тиме оне неразумно оптеретиле, што је логично спрам интеракције принципа *iura novit curia* и правила да је суд везан за тврдње странака.

VI. Конкретизација одговорности субјеката: поступак по правним лековима

1. Систем правних лекова против пресуда

А. Призив

Призив је правни лек против првостепених пресуда који се начелно може заснивати на свим замисливим грешкама суда које могу да оштете странку.¹²⁹ Сходно *Клајновој* концепцији, али и аустријског традицији, призивни поступак је искључиво контролног карактера. То је објашњиво спрам поређења са традиционалним, и до 2001. г. постојећим немачким концептом, по којем је други степен био замишљено као *de novo* расправљање о тужбеном захтеву. У том смислу, контролни карактер аустријског призивног поступка подразумева да он не служи

¹²⁷ *Schragel* in: *Fasching/Konecny*, Kommentar II/2², § 179 Rn. 8.

¹²⁸ *Konecny* ZZP 107 (1994), 481 (483).

¹²⁹ *Rechberger/Simotta*⁷, Rn. 1014.

испитивању стварности, већ искључиво испитивању правилности првостепеног поступка.¹³⁰ Због тога је и присутна забрана новота (§ 482 аГрпп).

Призивни разлози су, како је речено, све замисливе грешке првостепеног суда. Иако се они до данас нису на редакцијском плану уобличио, већ одавно је фундирана подела на три врсте: повреде процесних норми (*Verfahrensfehler*), неправилно утврђење чињеничног стања (*unrichtige Sachverhaltsfeststellung*) и погрешна правна оцена (*unrichtige rechtliche Beurteilung*).¹³¹ У погледу повреде процесних норми се прави разлика на апсолутне разлоге ништавости, који ако постоје доводе до укидања пресуде без утврђивања чак само и апстрактне могућности утицаја на правилност пресуђења, и на остале битне повреде поступка; у складу са домаћом терминологијом, која је и изграђена према аустријском уређењу, ради се о апсолутно и релативно битним повредама поступка. Неправилно утврђење чињеничног стања се односи на конкретно чињенично утврђење и тиче се погрешне оцене доказа; у том смислу је то и повреда § 272 аГрпп (слободна оцена доказа). Најзад, погрешно решење правног питања се манифестује као погрешна примена материјалног права. У овај призивни разлог спада и оно што се традиционално у домаћем праву назива непотпуним чињеничним стањем. Ово је веома важно напоменути због уређења ревизије.

Б. Ревизија

Ревизија је редовни правни лек против призивних пресуда. Данашње уређење улоге ревизије је исто као и у немачком праву, с обзиром да је основни услов за њену допуштеност тај да одлука зависи од решења једног материјалноправног или процесноправног питања које има битан значај за обезбеђивање правног јединства, правне сигурности или развоја права (§ 502 ст. 1 аГрпп). О ревизији одлучује *аВС*.

Ревизија је већ спрам и основног услова за њену допуштеност намењена решавању правних питања, па су ревизијски разлози ограничени у односу на призивне. Погрешно решење чињеничних питања се не може истицати ревизијом, односно чињенични закључци призивног суда нису подобни за ревизијску контролу. Према томе, ревизијски разлози су битне повреде призивног поступка, где спадају како разлози ништавости призивног поступка тако и друге битне повреде, и погрешна правна оцена; уз то, ревизијски разлог је и противречност списка предмета и призивне пресуде (*Aktenwidrigkeit*).

¹³⁰ Репрезентативно *Klein/Engel*, 403: „Поступак по правним лековима је друге природе од првостепеног. Он није креативан, већ контролни, или када се поступак у првој инстанци такође посматра као једна контрола, онда правни лекови не контролишу стварност, већ поступак“. То је и данас фундаментално образложење аустријског система правних лекова; *Rechberger/Simotta*⁷, Rn. 984

¹³¹ Уп. *Rechberger/Simotta*⁷, Rn. 1014 и след.; *Fasching*², Rn. 1661 и след, 1751 и след;. Према *Балону* се грешке суда као призивни разлози деле на формалне грешке, где би спадале повреде поступка, и материјалне, где спада како погрешно утврђено чињенично стање, тако и погрешна правна оцена; уп. *Ballon*¹², Rn. 360.

2. Кршење дужности упућивања у контексту призива

А. Уводна напомена: разликовање примарне и секундарне грешке у утврђивању чињеничног стања

Кршење дужности упућивања се у доктрини и пракси везује за два случаја. Први је тзв. примарна повреда поступка (*primärer Verfahrensmangel*), када повреда §§ 182, 182а аГрпп представља битну повреду поступка као призивни разлог (§ 496 ст. 1 т. 2 аГрпп). Други је тзв. секундарна повреда поступка (*sekundärer Verfahrensmangel*), која се још назива и недостатак утврђења (*Feststellungsmangel*), а која по својој природи и не представља битну повреду поступка, већ погрешну правну оцену као призивни разлог (§ 496 ст. 1 т. 3 аГрпп). Разликовање ова два случаја је од доста велике практичне важности, што се преноси и на ревизијски поступак.

Б. Примарна повреда §§ 182, 182а аГрпп: битна повреда поступка

Поведа дужности упућивања као призивни разлог за себе постоји онда када првостепени суд није тражио изношење новог процесног материјала, а спрам саме његове правне оцене је био потребан.¹³² Дакле, ради се пре свега о пресудама на основу терета тврдње. Странка која је изгубила спор тада треба да истакне повреду дужности упућивања,¹³³ али поврх тога треба да наведе и шта би она изнела као процесни материјал да је била питана;¹³⁴ то је неопходно због утврђивања каузалности повреде у смислу основаности призива. Наиме, битна повреда постоји онда када је првостепени поступак захваћен битним недостатком који је онемогућио исцрпно претресање и темељну оцену спорне ствари (§ 496 ст. 1 т. 2 аГрпп), па је зато нужно да се покаже веза између кршења одредба закона и изостанка свеобухватног претресања и темељне оцене. Неиспуњење дужности питања се данас најчешће и истиче у призивима, означавајући побијану пресуду као пресуду изненађења, па се уз повреду § 182 ст. 1 аГрпп истиче и повреда § 182а аГрпп.

Уколико призивни суд сматра да је основан такав призивни разлог, он или укида нападнуту пресуду и враћа је првостепеном суду, или је претходно укида решењем¹³⁵ и сам на призивној расправи утврђује дефицитарне чињеничне тврдње,

¹³² Уп. *Schragel* in: *Fasching/Konecny*, Kommentar II/2², §§ 182, 182a Rn. 20.

¹³³ За оправдање уређења по којем призивни суд не пази по сл. дужности на кршење дужности упућивања уп. *Klein*, Vorlesungen, 257 и след., нарочито 261.

¹³⁴ *Schragel* in: *Fasching/Konecny*, Kommentar II/2², §§ 182, 182a Rn. 10.

¹³⁵ Тако *Fasching*², Rn. 1820, као и *OGH* 1 Ob 623/86 SZ 59/134 са даљим упућивањима на старију праксу. С друге стране, *Кодек* (*Kodek*) истиче да устаљена пракса призивних судова не доноси посебно решење о укидању пресуде пре него што отпочне „допуну поступка“ на својој расправи; *Kodek* in: *Rechberger*, ZPO³, § 496 Rn. 6.

и то кроз извођење нових доказа у погледу њих, наравно уколико постоји потреба за доказивањем. Тада је призивна расправа функциоално првостепена расправа.¹³⁶

На основу реченог се види прави значај концепта забране новота у аустријском поступку. Наиме, ако се ради показивања постојања битне повреде поступка износе нове чињенице, што је управо нужност код истицања повреде §§ 182, 182а аГрпп, забрана новота не важи.¹³⁷ Исто тако, уколико се покаже да постоји ова повреда, утврђење таквих чињеница и изношење даљег процесног материјала на призивној расправи не потпада под забрану новота, јер је пресуда заправо укинута и поступак се вратио у стадијум пре закључења првостепене расправе;¹³⁸ како је речено, призивна расправа у том случају има природу и функцију првостепене. Забрана новота се своди, стога, на изношење новог процесног материјала који није изнет не због неиспуњавања дужности суда, већ због искључиве грешке странке.¹³⁹ Решење није ригидно, јер за случај да странка тек након закључења главне расправе сазна за новоте, и то *nova reperta*, постоји разлог за понављање поступка (§ 530 ст. 3 т. 7 аГрпп).¹⁴⁰ У сваком случају, начелна обавеза призивног суда да сам санира грешку првостепеног, и да утврди дефицитарне тврдње, израз је идеје ефикасности и економичности.¹⁴¹

В. Секундарна повреда §§ 182, 182а аГрпп: грешка у утврђивању као погрешна правна оцена

Секундарна повреда §§ 182, 182а аГрпп се подводи под одредбу која се редакцијски заиста налази у делу који се тиче повреда поступка као призивног разлога, али која спрам доктринарних ставова које је и пракса прихватила представља један вид погрешне правне оцене.¹⁴² У § 496 ст. 1 т. 2 аГрпп је предвиђено да се нападнута пресуда укида ако спрам списка предмета уопште нису биле претресане чињенице које су за призивни суд правнорелевантне. У том случају чињенице од којих зависи примена материјалноправних норми уопште нису

¹³⁶ Уместо свих *Konecny ZZZP 107 (1994), 481 (490)*.

¹³⁷ Схватање је да такво изношење нових чињеница и доказа још не представља забрањену новоту, јер управо служи утврђивању постојања повреде поступка и тиме још не постоју „процесни материјал“; уп. *Schragel in: Fasching/Konecny, Kommentar II/2², §§ 182, 182a Rn. 10*.

¹³⁸ Тако *Kodek in: Rechberger, ZPO³, § 496 Rn. 6*.

¹³⁹ У том смислу и *Konecny ZZZP 107 (1994), 481 (483)*.

¹⁴⁰ На такво оправдање забране новота принципијелно и уопштено указује и *Fasching², Rn. 1725*.

¹⁴¹ Наиме, призивни суд треба да сам допуни поступак и да мериторно пресуди уколико процени да се тиме у поређењу са враћањем ствари првостепеном суду не би успорило окончање спора или се не би проузроковали значајнији трошкови. С обзиром да је успоравање поступка тешко замисливо – јер, уколико се врати ствар првостепеном суду, онда потенцијално следи нов призив, односно начелно не постоји разлика у трошковима пред првостепеним и призивним судом, тешко ће се наћи оправдање за укидање и враћање; уп. *Kodek in: Rechberger, ZPO³, § 496 Rn. 6*. За приказ критеријума које је изградио *aBC* уп. *Konecny ZZZP 107 (1994), 481 (495)*.

¹⁴² *Kodek in: Rechberger, ZPO³, § 496 Rn. 4; Fasching², Rn. 1774; Rechberger/Simotta⁷, Rn. 1020; OGH 7 Ob 643/89 JbI 1990, 802; 10 Ob 35/08g, 06.05.2008; веома јасно 2 Ob 235/13t, 22. I 2014; уколико судија пропусти дужност из § 182 аГрпп да тражи све битне наводе и потребне доказе за одлуку, јер је пошао од погрешне правне оцене изнетог стања ствари, онда постоји призивни разлог погрешне правне оцене, јер је пресуда захваћена недостацима утврђења који морају да воде њеном укидању.*

утврђене, па се зато и каже да постоји недостатак утврђења. Разлог за то је погрешна правна оцена првостепеног суда – он није сматрао битним неке тврдње странака, па их није ни утврђивао, или при дефициту процесног материјала није тражио његово санирање, јер опет због своје погрешне правне оцене он није ни сматрао да постоји дефицит. У овој другој хипотези се види и повреда дужности упућивања. Међутим, због основне грешке – а то је погрешна правна оцена – овде се ради само о тзв. секундарној повреди § 182 аГрпп, која због наведеног и није повреда поступка, већ је погрешна правна оцена као призивни разлог. У контексту домаће терминологије, непотпуно чињенично стање је погрешна примена материјалног права.

Само реаговање призивног суда на секундарну повреду поступка, тј. на непотпуно чињенично стање, принципијелно је исто као и да се ради о примарној повреди. Он ће сам радити на томе да се поступак допуни, или ће укинути пресуду и вратити ствар првостепеном суду да то он учини. Међутим, због тога што се овде не ради о повреди поступка, већ је по среди погрешна правна оцена, на дефиците тврдњи, тиме и на недостатак утврђења у чињеничном стању, призивни суд пази по сл. дужности уколико је у било ком смеру изјављен призивни разлог погрешне правне оцене.¹⁴³

Дакле, уколико постоји секундарна повреда § 182 аГрпп, постоји недостатак чињеничних утврђења које спада у погрешну правну оцену. Тада призивни суд, пошто полази од другачијег правног схватања од првостепеног суда, мора сам да испуни дужност упућивања. У том смислу и § 182 аГрпп и важи за призивну расправу. Штавише, важи и § 182а аГрпп и забрана пресуде изненађења. Принципијелно је, види се, исто стање као и у немачком праву. Пошто се странке поуздају у правно схватање првостепеног суда који уопште и није тражио допуне процесног материјала, прећуткивање призивног суда и истовремено пресуђење управо спрам тих дефицита је класичан пример пресуде изненађења.

Стога, уколико првостепени суд није уочио неконклузивност тужбе услед непотпуности и усвојио ју је, онда призивни суд мора да укаже тужиоцу да сада спрам његовог правног схватања постоји дефицит тврдњи; тужилац није имао никаквог повода нити да нуди додатни процесни материјал у првостепеном поступку, још мање да указује на повреду § 182 аГрпп.¹⁴⁴ *Mutatis mutandis* за случај када је тужба одбијена спрам тврдњи туженог, које су спрам исправне оцене непотпуне.

За овакво поступање призивног суда, а нарочито када нити једна од странака ни не указује на дефиците тврдњи и грешку утврђења, веома је важна аргументација *ABC*. Наиме, уз закључак да се пресуда мора укинути, истиче и да се тиме

¹⁴³ Дакле, није потребно да је на непотпуност чињеничног утврђења указано у призиву, већ је потребно да је указано на било какву погрешну правну оцену. Такво указивање је „улазница“ за призивни суд да по сл. дужности испита правилност силогизма првостепеног суда спрам свих могућих аспеката који долазе у обзир у конкретном случају; уместо свих *OGH 4 Ob 98/08b SZ 2008/97*.

¹⁴⁴ *Schumacher, 79/80*.

не вређа максима диспозиције, јер је странкама препуштено да ли ће хтети да дају потребне допуне или не.¹⁴⁵

Када се наведено има у виду, показује се кључна разлика између примарне и секундарне повреде дужности упућивања. Прва може да постоји само онда када је првостепени суд имао исправну правну оцену, али је једноставно свесно занемарио своју дужност.¹⁴⁶ Друга увек подразумева погрешну правну оцену, која је и узрок засигурно несвесног кршења дужности упућивања. У том смислу, пресуда на основу терета тврдње може да буде захваћена само примарном повредом, не и секундарном. Питање испуњености терета је правно питање које зависи од правне оцене спорне ствари; уколико је она погрешна, и због тога нема потребног утврђења, постоји секундарна повреда, односно погрешна правна оцена као призивни разлог.

3. Кршење дужности упућивања у контексту ревизије

Ревизија се изјављује само против призивних пресуда, па се зато и кршење §§ 182, 182а аГрпп као ревизијски разлог везује за призивни поступак. С обзиром да су ревизијски разлози како битна повреда призивног поступка, тако и погрешна правна оцена призивног суда, као ревизијски разлог долази у обзир и примарна и секундарна повреда призивног поступка. Међутим, треба напоменути устаљени став *aBC* поводом истицања првостепених повреда дужности упућивања у ревизији. Уколико се у призиву уопште није истицала ова повреда, странка је преклудирана да је истакне тек у ревизији; сматра се да је повреда тиме „залечена“.¹⁴⁷ С друге стране, где долази и до изражаја став *aBC*, уколико је странка заиста истакла као призивни разлог повреду §§ 182, 182а аГрпп, али је призивни суд оценио да је он неоснован, странка не може у ревизији да то поново истиче, сада са наводом да је и призивни суд погрешно. Сматра се да онда када призивни суд својом одлуком оцени да не постоји истакнута повреда поступка, она у том делу заправо постаје правноснажна и везује и ревизијски суд, без обзира на исправност става призивног суда.¹⁴⁸ Супротно, у делу доктрине се наведени став критикује и сматра се да се неправилно оцењивање постојања повреде поступка од стране призивног суда може нападати ревизијом.¹⁴⁹

Повреда дужности упућивања као ревизијски разлог, ван изложеног спора, долази у обзир пре свега као примарна повреда учињена од стране призивног суда. Како је речено, и сам призивни суд, онда када за су то испуњени услови, има дужност упућивања. То је свакако случај када призивни суд уочи секундарну повреду, тј. недостатак чињеничног утврђења, али не укаже странкама да спрам исправног правног схватања постоји дефицит тврдњи или доказних предлога. Више пута је поновљено да је то класичан пример кршења § 182а аГрпп, па и тиме

¹⁴⁵ RS0037106.

¹⁴⁶ У том смислу и *Schragel* in: *Fasching/Konecny*, Kommentar II/2², §§ 182, 182a Rn. 20.

¹⁴⁷ Владajuће схватање, уместо свих *Rechberger/Simotta*⁷, Rn. 1045 са даљим упућивањима.

¹⁴⁸ RS0042963, последње *OGH* 3 Ob 68/14t, 26. VI 2014. Тако и *Holzhammer*, 271.

¹⁴⁹ Тако *Fasching*², Rn. 1909; *Rechberger/Simotta*⁷, Rn. 1045. За даље упућивање на доктрину уп. *Kodek* in: *Rechberger*, ZPO³, § 503 Rn. 9.

представља (призивну) пресуду изненађења. Механизам истицања ове повреде је исти као и за призив: странка мора да наведе шта би истакла да ју је призивни суд питао. Међутим, с обзиром да ревизијски суд никада не може сам да санира битне повреде поступка, он укида призивну пресуду и враћа ствар на поновно одлучивање призивном суду. На новој призивној расправи ће се онда утврђивати и дефицитарни процесни материјал, који би се и утврдио да није било кршења дужности упућивања. Другим речима, расправљаће се и о аспектима спора у погледу којих је изостало „исцрпно претресање и темељна оцена“. На основу реченог, још једном се показује релативност концепта забране новота, која изричито и важи за ревизију (§ 504 ст. 2 аГрпп).

Секундарна повреда поступка у виду недостатка утврђења је такође ревизијски разлог.¹⁵⁰ Иако она као таква није изричито предвиђена као ревизијски разлог, неспорна квалификација да се ради о погрешној правној оцени омогућава да се и потпуност чињеничног стања у том контексту испитује у ревизији. Она претпоставља да је призивни суд у својој пресуди био погрешног правног схватања, и да спрам тога није ни вршио дужност упућивања. У том смислу, због погрешне правне оцене ни призивни суд није учио дефиците процесног материјала, па је стога и донео пресуду која спрам исправне правне оцене има недостатке утврђења.¹⁵¹

Постојање секундарне повреде поступка подразумева недостатак утврђења и онемогућава доношење мериторне пресуде од стране ревизијског суда. Наиме, иако аГрпп на редакцијском плану уопште не говори о услову за мериторно пресуђење ревизијског суда као нГрпп, у смислу да је потребно да је ствар зрела за пресуђење, закључује се да је мериторно пресуђење једино могуће уколико постоје потребна чињенична утврђења за примену права.¹⁵² Како секундарна повреда поступка *per definitionem* подразумева да ствар није зрела за пресуђење у том смислу, јасно је да се призивна пресуда укида решењем са налогом да се поступак „допуни“. Међутим, веома је важно да се истакне суштинско образложење *ABC* за такво поступање: тиме ревизијски суд управо онемогућује пресуду изненађења; и за њега самог важи да не сме да изненади странке са правним схватањем које није било претресано у претходним инстанцама, тј. странкама се мора обезбедити могућност да поставе тврдње и предложе доказе спрам таквог правног схватања.¹⁵³

¹⁵⁰ *Rechberger/Simotta*⁷, Rn. 1047; *Kodek* in: *Rechberger*, ZPO³, § 503 Rn. 25; *OGH* 2 Ob 110/77 SZ 50/97; у резултату и *Fasching*², Rn. 1956.

¹⁵¹ Уп. *OGH* 2 Ob 110/77 SZ 50/97: у случају недостатака чињеничних утврђења призивна пресуда се укида и враћа се првостепеном суду на поновни поступак, јер је то требао да уради већ призивни суд да је уочио недостатке. Данас се сматра да ревизијски суд може вратити или призивном суду предмет, или првостепеном; уп. *Kodek* in: *Rechberger*, ZPO³, § 510 Rn. 2.

¹⁵² Уп. *Rechberger/Simotta*⁷, Rn. 1051; *Fasching*², Rn. 1957.

¹⁵³ Устаљена и стандардна пракса, нпр. *OGH* 10 ObS 43/91 SZ 64/173; 9 ObA 66/90 SZ 63/67; в. последње 4 Ob 25/14a Zak 2014/358.

§ 13 Закључна разматрања

I. Од различитих схватања о важећем начелу до истог модела поступка

1. Постојање схватања о различитим важећим начелима у погледу сакупљања процесног материјала

Разлике између немачког и аустријског поступка очите су у погледу схватања важећег начела у погледу сакупљања процесног материјала. Док се у немачкој владајућој доктрини и пракси расправно начело признаје као важеће, у Аустрији се од стране истог круга говори у најмању руку о негирању расправног начела. Важећа максима је максима сакупљања, кооперације, или ублажено истражно начело. Ради се свакако о концепцијском плану. Готово вековна разлика у том смислу између немачког и аустријског схватања је условљена како историјски, тако и спрам теоретског приступа. Наслеђе *Клајна* има још увек доста велик утицај, па се спрам његове борбе против расправног начела, као и обликовања поступка у складу са тиме, и чини немогућим обележавање расправног начела као важећег. Међутим, ту се показује и условљеност теоријским приступом. Истраживање је показало да се и само *Клајново* схватање мора посматрати из историјско-теоријског угла. Његове критике расправног начела се тичу, пре свега, рудиментарног схватања доктрине општег права, тј. чистог расправног начела. Судијска пасивност је неприхватљива, а како је показано, располагање идеалним чињеничним стањем путем признања тврдњи никако није. Према томе, када је и *Клајн* говорио о моделу аустријског поступка, имао је у виду само чисто расправно начело, па је зато концепт саодговорности суда његова пресудна негација. Савремена аустријска доктрина у негирању расправног начела као важећег управо полази са исте тачке, па се тако и она мора разумети. Јер, негација расправног начела уопште не значи и истражно начело. *Фашингово* позно схватање је показатељ да се аустријски поступак може посматрати и из другог методолошког угла, који је управо својствен немачкој неолибералној струји.

Разлике међутим нису само методолошке и чисто догматичке. Не може се спорити да су исходишта процесуалистике иста. И поред ковергенције модела, још увек се осећа снажни – без претеривања – антагонизам у схватању поступка уопште. Аустријско схватање је остало верно *Клајновој* концепцији поступка као установе јавног добра, што има последице у виду акцентовања и наиндивидуалног циља поступка. То се преноси и на питање начела које важи у погледу прикупљања процесног материјала, па зато једном социјалном моделу поступка, какав је без сумње аустријски сходно теорији, не одговара и мисао о владавини странака што је штихворт расправног начела. У Немачкој су либералне основе сачуване на плану схватања поступка, без обзира што је и немачки поступак *de facto* исто тако социјални, тј. у сваком случају он није екстремно либерални. Данас је владајуће

схватање да је циљ поступка, пре свега, индивидуална правна заштита, а тек кроз њу и заштита објективног правног поретка, обезбеђивање правног мира и правне сигурности. Вредност слободе и одговорности је, спрам таквих либералних основа, принципијелно нетакнута и обезбеђена у поступку.

2. Апстраховање разлика: ублажено расправно начело као иста парадигма

Изложене разлике немачког и аустријског концепта ипак нису толике да се може говорити о њиховој фундаменталној различитости. Управо супротно, ради се о истоветном моделу поступка, јер постоји иста пресудна парадигма. За такво схватање је нужно, пре свега, увек имати на уму историјски развој у Немачкој, односно мора се увек имати на уму историјски контекст.

Наведене разлике, уколико се још и нема и виду историјски контекст, могу да заварају и да доведу до схватања да се аустријски и немачки поступак пресудно разликују. Чини се да је то нарочито случај у делу немачке доктрине која је само успутно освртала на аустријско стање. Тако су се неретко или узимале само поједине мисли о нарочитој вредности истине ван контекста, или се, нарочито данас, узима опет ван контекста *Рехбергерова* теза о ублаженом истражном начелу као важећем начелу аустријског поступка. Стављајући то онда у везу са немачким стањем, где се истиче да важи расправно начело, ствара се призив одсечне разлике која доводи до тога се не може говорити о једном моделу поступка. С друге стране, и узимање аргументације немачке неолиберлане струје изловано из контекста, може да доведе до заблуда. Инсистирање на либералним вредностима, тиме и вредностима расправног начела, имало је значај одбране од напада који су претили да пређу праг истражног начела. Међутим, такво инсистирање није повратак у XIX век и агитовање за увођења концепта пасивног суда. Напротив, иако саодговорност суда не партиципира у појму важећег начела, она је фундаментална вредност немачког парничног поступка.

На речено указују и релативно нова упоредна истраживања немачког и аустријског поступка, која показују сву релативност различитих теоретских приступа питању важећег начела.¹ Резултати у овом раду не само да показују такву релативност, већ показују да и поред свих разлика постоје иста пресудна исходишта, која доводе до тезе о једном моделу.

У оба концепта странке имају објективан терет тврдње, и спрам тога је поступање суда детерминисано. Испитивање конклузивности тужбе, потом и релевантности одбране представља кичму поступања; пресуде због неконклузивности уопште нису реткост. Све је то последица схватања да је суд везан за тврдње, иако ни то није изричито редакцијски одређено у законским текстовима. Даље, и странке принципијелно одређују потребу доказивања, с тим да разлике у схватању признања тврдњи нимало нису занемарљиве. На крају, и поред

¹ Тако *Мекгвајр (McGuire)* показује у крајњој линији да пуно разлика нема у контексту уређења сакупљања процесног материјала и расподеле одговорности; *McGuire in: Sozialdimension des Zivilrechts*, 99 и след.

овлашћења суда да изводи доказе по сл. дужности, субјективни терет доказивања постоји. То је само овлашћење, а не његова инквизиторна дужност.

Оно што је пресудна заједничка нит је постојање опште судијске дужности упућивања, и тиме концепт саодговорности суда. То је заједничка парадигма оба поступка, и она се никако не доводи у питање нити у владајућим доктринама, нити код њихових критичара. Судијска саодговорност је у Немачкој кроз концепт забране пресуде изненађења доведена и до уставноправног захтева у одређеној мери; исти концепт постоји и у Аустрији, с тим да тамошњи систем не познаје контролу одлука редовних судова од стране уставног суда, па се и не говори (толико) о уставноправном значају дужности упућивања у том смислу.

Не треба потцењивати речи теоретичара који наглашавају улогу *Клајна* у развоју европског процесног права, односно њихове квалификације модела с краја XIX као још увек модерног, и поврх тога будућег. Развој немачког права је несумњива потврда тога; образложење реформе из 2001. г., иако се не позива на *Клајнове* идеје, уводи у немачко право још једну његову мисао. С друге стране, немачка и аустријска пракса показују да је концепт саодговорности суда апсолутно постојећи. То није литерарна замисао која постоји у уџбеницима и другим радовима, већ је и више него постојећа идеја која прожима сваки конкретни парнични поступак. Дужности упућивања као израз заједничке парадигме је данас, и више од века након *Клајновог* подухвата, заиста оно што је и он замислио – жила куцавица поступка (*Lebensnerv des Prozesses*).²

С обзиром на схватање које се заступа у овом раду, да постојање опште дужности питања, уз постојање пре свега терета тврдње, подразумева ублажено расправно начело, нема сумње да је оно управо заједничка парадигма немачког и аустријског поступка.

3. Постојање савременог германског модела поступка

С обзиром да је ублажено расправно начело присутно у оба поступка, и то у својој пуној реалности кроз признавање и развијање концепта саодговорности суда, сасвим је оправдано да се говори о постојању савременог германског модела поступка. То је поступак у којем важи ублажено расправно начело, па стога данашњи аустријски и немачки поступци представљају један модел. Уколико је и постојала суштинска разлика која би негирала припадност истом моделу, она је током развоја немачког права, али пре свега теоријског схватања, у потпуности ишчезла. Мисао *Клајна*, да судија нема положај арбитра, и да поступак није турнир у којем се странке надмећу спрам свог умећа, постала је опште добро и владајућа идеја. У том смислу је *Готвалдов* сликовит опис два поступка као блиских сродника сасвим одговарајући.

Гледано споља оба поступка су веома слична али ипак имају, као код сваке браће, своје непроменљиве особености.³

² *Klein*, Vorlesungen, 96.

³ *Gottwald* in: 100 Jahre österreichische Zivilprozeßgesetze, 179 (193).

Због наведеног и не чуди да груби погледи споља, најчешће из англоамеричког угла, не виде никакву разлику између немачког и аустријског поступка. Заједничка парадигма свакако да то оправдава, а сасвим је друго питање погрешног означавања модела поступка као инквизиторног. Према *Штирнеру*, који је данас један од најутицајнијих компаративних процесуалиста, немачко-аустријски модел је модел модерног дијалогског парничног поступка (*dialogischer Zivilprozess*).⁴

II. О значају савременог германског модела у светским размерама

Утицај аустријског поимања расподеле улога и одговорности за прикупљање процесног материјала несумњиво да у историјском контексту има велик значај. Оно што је готово ноторно је да је *Клајнов* модел имао изузетно велик утицај на развој права у Немачкој. Како је речено, кроз постепено преузимање његове идеје и само немачко право је конвергирало у концепт опште саодговорности суда. Ова заједничка веома разрађена парадигма служила је као узор земљама и доктрини која се природно наслањала на немачки правни круг. То је пре свега подручје бивше Југославије, с обзиром не само на порекло права, већ и на догматичку припадност. С друге стране, ако се говори о значају германског модела у светским размерама, мора се споменути једини пројекат који уопште има капацитет да се назове светским.

У амбијенту свеопште глобализације и интензивирања међународних привредних активности, у заједничком подухвату Америчког правног института и Међународног института за унификацију приватног права (Унидроа [*UNIDROIT*]) су израђени „Принципи транснационалног парничног поступка“, и као њихова разрада и „Правила транснационалног парничног поступка“. Ради се о покушају да се изради јединствени модел који ће бити у стању да превазиђе постојеће разлике које су свакако најизраженије у релацији континенталног и америчког уређења.⁵

Што се тиче питања расподеле одговорности за прибављање процесног материјала, Принципи и Правила прихватају заправо немачки концепт. Странке постављају тврдње и суд је везан тиме (принцип 11.3). Међутим, постоји општа дужност упућивања (принцип 22). Дакле, то није ништа друго до ублажено расправно начело. Према томе, германски модел је барем што се тиче овог питања, постао узор који би требало, судећи према схватању Унидроа и Америчког правног института, да буде најбоље решење. Како то истиче *Штирнер*, уједно и један од редактора Принципа, они

представљају растанак са идејом пасивног судије који је готово само арбитар у правосудној утакмици између странака. Тиме они узимају немачко-аустријски процесни модел као пример, који постаје све више и више прихватљив у Европи.⁶

⁴ *Stürner* ZZP 123 (2010), 147 (152 и след.); *ders.* ZZP 127 (2014), 271 (287/288).

⁵ Искрпно *Stürner* RabelsZ 69 (2005), 201 и след.

⁶ *Stürner* RabelsZ 69 (2005), 201 (226/227).

Део трећи

Расправно начело у домаћем праву

Глава прва
Историјски преглед
Одељак први
Предратни југословенски поступак

§ 14 Законик о судском поступку у грађанским парницама: Грпп

И. Уводне напомене: нужност истраживања југословенског схватања аустријског модела

Општепознато је да је прва југословенска кодификација парничног поступка била готово дословно преузимање аустријског поступка, тј. *Клајновог* модела. У литератури се при обради сваке поједине теме, уколико се спомиње овај период, можда неопрезно упућује на речено, чиме као да се завршава свака дискусија. При томе се понекад због истог законског текста за потврду постојања или схватања неког питања дају мишљења аустријске доктрине.¹ Чини се да то није исправно, јер пре свега се не ради о важењу једног закона у једном систему, већ о важењу два закона са готово идентичним текстовима у два система, који су по великом броју параметара дијаметрално различити. Исто тако, и сама тадашња доктрина је изричито захтевала да се тежи примени Грпп која је саобразна укупним југословенским приликама: „он и поред свог порекла, по свом стварном правном и социјалном дејству мора постати и остати 'наш поступак'“.² Дакле, прва опасност је од схватања да смо у то време имали аустријски модел. У том смислу и *Узелац* сасвим исправно поставља питање.³ Но, чини се да не може да буде једина аргументација неразвијеност процесуалистике са позивом да је једини коментар Грпп био превод *Нојмановог (Neumann)* коментара, и то са нагласком да је он објављен 1935. г., исте године када *Нојман* умире, а да је сам коментар написан још 1898. г.⁴ То пре свега није тачно, јер с једне стране већ *Горшић* 1933. г. објављује доста обиман и солидан коментар,⁵ а с друге стране превод *Нојмана* је превод његовог 4. измењеног издања из 1927. г.⁶ и у време када се објављује у Краљевини Југославији он је најутицајнији коментар у Аустрији. И не само тада, већ све до појаве *Фашинговог* коментара шездесетих година он је незаобилазно средство

¹ Томе доприноси свакако и чињеница да је *Нојманов* Коментар аГрпп био преведен и објављен 1934. г.

² *Лазаревић* Бранич XXIV (1936), 437 (438).

³ Уп. *Uzelac* in: *Entwicklung des Zivilprozesses*, 175 и след.

⁴ Тако *Ракић-Водинелић* у: *Новине у грађанским поступцима*, 5 (10); *уста* ПЗ II (2011), 515 (524).

⁵ Наспрам данашњег просека који постоји на српској сцени, *Горшићев* Коментар се чини као недостижан циљ.

⁶ Само насумично листање коментара то показује, јер како објаснити да се у њему цитира пракса, рецимо из 1925. г.? Уп. *Најман*, Коментар I, 670 фн. 4.

аустријске праксе, па се врло често цитира у одлукама *aBC*.⁷ Стога, неопходно је заиста испитати какво је било стање тадашње доктрине и праксе. Закључци су и више него битни и за (не)разумевање садашњег стања.

II. Законик о судском поступку у грађанским парницама из 1929. г. (Грпп)

1. Опште прилике и разлози за кодификацију

Настанком Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца, касније преименоване у Краљевину Југославију, дошло је до стварања унитарне државе чија је главна карактеристика била изразита правна хетерогеност и партикуларизам. Опште је познато да су се у једној држави сусрели правни режими који су били различити. Што се тиче приватног права, постојало је шест правних подручја,⁸ исто толико и за парнично право, с тим да је важно истаћи да није потпуног поклапања са правним подручјима у погледу приватног права. Тако је на територији некадашње Краљевине Србије важио ГСП (подручје Апелационих судова у Београду и Скопљу), на територији бивше Краљевине Црне Горе црнГСП (подручје Великог суда у Подгорици), на територији Бачке, Барање, Баната мађарски Грпп из 1911. г. (подручје Касационог суда Одељење Б. у Новом Саду),⁹ на територији бивше Хрватске и Славоније ППП (подручје Стола Седморице), на територији Словеније, Далмације и Истре аустријски Грпп (подручје Стола Седморице Одељење Б) и на територији Босне и Херцеговине босГПП. Наведени партикуларизам био је још израженији спрам самих поступака, јер су неки од њих били дијаметрално другачије концепције. Док је мађарски поступак био колико-толико близак аустријском, јер се ослањао на нГрпп, толико је рецимо ППП био сушта супротност, с обзиром да је био доста верна копија аОСП. Српски поступак је, сходно већ реченом, у таквом окружењу има „аутономно“ место, јер једини није био под германским утицајем. Сва ова хетерогеност је захтевала да се изврши унификација. Уз то, и постојеће стање није одговарало потребама постојећег правосуђа.

Хетерогеност процесних режима би могла да се класификује грубо на германски модел и француски, где је спадао српски. Што се тиче првог, ради се заправо о три типа германског модела, условљена пре свега историјски. Прво, модел поступка општег права, где је спадао ППП.¹⁰ Потом, поступци рађени по узору на немачки поступак из 1877. г. – мађарски, босански и црногорски. Најзад, као

⁷ О томе треба да сведочи и формулисање сентенце у званичној збирци одлука *aBC*, чувеном *SZ*, где је читава сентенца заправо позив на њега, наравно са цитирањем; *OGH 1 Ob 253/68 SZ 41/125*. Тако још и 1992. г. (5 Ob 42/92 EvBl 1992/167), тј. „94 године од објављивања дела“.

⁸ Режим СГЗ (подручја АС у Београду и Скопљу); ОИЗ (подручје Великог суда у Подгорици); изворни ОГЗ (подручје СтС [Хрватска и Славонија]); новелирани ОГЗ (подручје СтС Б [Далмација и Истра], подручје ОкС у Панчеву); мађарско приватно право (подручја КС Б, ОкС Вараждин).

⁹ Мађарски поступак се примењивао и онда када је што се тиче приватног права важио ОГЗ, дакле подручја ОкС у Панчеву.

¹⁰ Овај поступак је израђен спрам аОСП, који је најзаокруженија кодификација општег права. За сврставање ППП у модел поступка општег права и ближи приказ уп. *Узелац*, Терет доказивања, 40 и след.

најмодернији у то време, аустријски поступак који је важио у Далмацији, Истри и Словенији. Хетерогеност која је била узрокована различитим поступцима је важна за разумевање и каснијег следа догађаја, па и само на теоријском плану. Наиме, околност да су постојали француски и германски модели је утицала на догматику уопште. Француски концепт је, па и поред продора немачке теорије у српску литературу, значајно определио догматику. Обрнуто, присутност германског модела, без обзира на конкретан тип, значио је коришћење германске појмовне апаратуре.

Ипак, питање је да ли је само овај моменат био једини разлог за унификавање процесног права. Док с једне стране једни само то потенцирају,¹¹ с друге стране *Узелац* види главни разлог у политици, која би, ако смо добро разумели, потицала од Краља Александра. Стварање јединственог законодавства се уклапала у тезу о јединственој држави троједног југословенског народа, дакле била је у складу са мотом „један народ, један краљ, једна држава“.¹² Свакако да је то била политика Краља *Александра*, али је занимљиво да су по овом питању у теорији такви гласови долазили из Хрватске (*Цуља* [*Zuglia*], *Верк* [*Werk*]), док је србијанска теорија пружала отпор, и изричито се залагала за диференцијално уређење, барем појединих питања.¹³ Управо у том погледу је за разумевање расправног начела у том периоду кључан спор који се водио и пре доношења Грпп, али и након њега – спор о допуштености доказивања сведоцима. Јер, из заузимања ставова о овом питању дошло је и до заузимања ставова и о самом схватању поступка, па и о расправном начелу.

2. Спор о допуштености доказивањем сведоцима

Рад на кодификацији је обележио спор србијанског и „пречанског“ дела доктрине поводом питања допуштености доказивања сведоцима.¹⁴ У Србији је важио француски систем, који је, иако је полазио од слободне оцене доказа, у себи подразумевао ограниченост доказивања сведоцима у погледу потраживања која се односе на уговоре преко одређене вредности. Супротно, у другим подручјима је важила неограничена могућност доказивања сведоцима. Овај спор не само да се свакако тичао конкретног уређења будућег закона који има веома значајан практични значај, већ се испоставило да је он био повод да се изложе и много значајнија концепцијска питања. Кроз давање аргументације су се тадашњи актери спора – у мањој или већој мери – изјаснили и о схватању поступка, и тиме су се,

¹¹ Тако *Galič*, *Das slowenische Zivilprozessrecht zwischen Transmission, Kontinuität und Transformation*, R. L. R. 27 (2010), 117 (117 и след.)

¹² *Uzelac* in: *Entwicklung des Zivilprozesses*, 175 (179), сматра да је ово заправо био примарни разлог, а не жеља за побољшањем квалитета парничног правосуђа. Супротно *Galič* R. L. R. 27 (2010), 117 (177 и след.) види разлог доношења јединственог закона у потреби превазилажења партикуларизма.

¹³ Репрезентативно *Перућ*, *Доказивање сведоцима*, 52; исто и *Недељковић* *Архив* XLVII (1935), 207 (219).

¹⁴ Тако *Перућ*, *Доказивање сведоцима*, 15, назива присталице два супротна табора, па још и додаје сличност поделе: везивање србијанске струје за француски модел, и пречанске за германски, подсећа на коалиције из Великог рата.

свесно или несвесно, дотакли и питања која се везују за начело које се тиче прикупљања процесног материјала.

Настојање пречанске струје је било свакако прихватање слободне оцене доказа у потпуности, и то по узору на немачко и аустријско право. Уз то, с обзиром на утицај аустријског модела, говорило се о нарочој вредности материјалне истине. Управо због тога није могуће ограничити доказивање сведоцима у појединим случајевима. За србијанску струју, која се и сама развила под снажним француским утицајем, поред аргументације у прилог ограничавању сведока који су искуствене, друштвене и политичке природе, истиче се и она у погледу тезе о „материјаној истини у парници“. Таква мисао се одбацује, и то управо типичним аргументима класичног либералног схватања.

3. Преузимање аустријског закона: Грпп од 1929. г.

Нема сумње да је аустријски модел требао да буде основа новог поступка. У Краљевини Србији је још и пре стварања нове државе постојала таква идеја у виду тзв. Нишког пројекта, која ипак није реализована.¹⁵ Позитивни резултати и већ тада европска слава *Клајновог* модела били су разлог за његово преузимање. Уз то, веома је интересантан аспект који истиче по први пут *Галич*, о својеврсном упоредноправно/историјском куриозитету. Наиме, сасвим супротно од очекивања и онога што се по правилу дешава, победник из рата и суштински нови владар није проширио свој правни систем на нове земље, већ обрнуто, систем поражене силе (аустријски) проширио се на рачун победника, и то свесном одлуком власти.¹⁶ Разлог за такву одлуку *Галич* види без сумње, са чим се и ми слажемо, у томе што се радило о тада модерном систему. Уколико се у то време тражио упоредноправни модел који је дао резултате и који није био изложен (великим) критикама у матичном доктринарном кругу, то је свакако био аустријски. Чињеница да је Грпп донет 34 године након свог узора, сама за себе ништа не говори. У том смислу је тешко сложити се са тезом коју без аргументације заступа *Ракић-Водинелић*, да је Грпп резултат „релативно касног преузимања аустријског законског текста, у време кад је овај већ почео да застарева“.¹⁷ Резултати досадашњег истраживања у овом раду јасно показују да аГрпп није никако почео да застарева двадесетих година прошлог века. Не само да је у то време још увек био модеран и напредан, па је био и узор немачком законодавцу за Новелу 1933. г., већ својим носећим идејама ни данас није застарео. На крају, а то се нажалост уопште не спомиње, Грпп је с једне стране узео у обзир дотадашње измене аГрпп,¹⁸ а с друге стране, где је то било потребно, појаснио је поједине одредбе које су у аустријској пракси биле спорне, и то на начин како су *аВС* и наука то решавали.

¹⁵ Уп. *Werk*, 1.

¹⁶ *Galič* R. L. R. 27 (2010), 117 (118).

¹⁷ *Ракић-Водинелић* у: Новине у грађанским поступцима, 5 (9); *Познић/Ракић-Водинелић*¹⁶, т. 13.

¹⁸ Уп. *Горшић* I, 5. Наиме, аГрпп је претрпео измене Новелом из 1914 (Новела о растерећењу судова); о њој опширније, нарочито са аспекта односа према *Клајновим* идејама *Fasching* in: FB Klein, 97 и след.

Међутим, комплетно преузимање аГрпп изазвало је доста велика негодовања у доктрини, која су и превазилазила догматичке, па и (класичне) правнополитичке оквира. Повод за таква реаговања, која су била чисто политичке природе, је окончање спора о доказивању сведоцима у смислу „победи“ пречанске струје. Такав исход се у већинском делу србијанске доктрине схватио као наметање туђег решења и рушење сопствене правне традиције, која је постојала и која се развијала слободно. Јер, Србија је била и пре настанка југословенске државе независна држава, која је с тога и сама бирала своју судбину. Грпп је донет за време диктатуре и расправе у Скупштини није ни било, што је схваћено у србијанској литератури као основни недостатак. Да је било скупштинске расправе, народни представници би тако нешто онемогућили.¹⁹ Дакле, комплетно преузимање аустријског модела је, мора се признати, схваћено у већинској српској теорији као акт ниподаштавања сопственог идентитета, који се, како је речено, већ изградио као аутономан.

Одступања од аустријског узора у југословенском поступку су незнатна. Пре свега то је концепцијска разлика која је узроковала другачију нумерацију одредаба. Уместо два аустријска закона – Јурисдикциона норма и аГрпп, донет је један акт. Неке одредбе су спрам већ заузетих ставова аустријске праксе и доктрине само разјашњене, а неке су промениле место. Но, у резултату Грпп је и више него верна копија. Због тога се на овом месту неће излагати конкретна решења, с обзиром да је то већ речено у делу који се тицао аустријског права.

III. Схватање поступка

Схватања о важећем начелу Грпп поводом прикупљања процесног материјала, као и схватање конкретних норми, пре свих признања тврдњи и материјалног управљања парницом, могуће је исправно схватити само ако се имају у виду почетне позиције доктрине у погледу схватања поступка.

Спор о допуштености доказивања сведоцима је и пре доношења Грпп довео до евиденције и различита схватања поступка. Доношење Грпп није окончало овај спор, већ га је, супротно, само заострило; србијанска доктрина се није мирила са насталим стањем, и све до почетка Другог светског рата је питање доказивања сведоцима, шире проблем материјалне истине, имао централно место у дискусији. Стога је изнова и дошло до изражавања позиција у погледу схватања поступка.

1. Србијанско либерално схватање

Како је већ речено, србијанска струја представља део тадашње доктрине који је био против неограничене дозвољености употребе сведока, и потицала је из бивше Краљевине Србије. Реакција србијанске струје била је условљена једним од аргумената њихових противника по том питању. Наиме, неограничена допуштеност сведочења била је брањена тезом о материјалној истини, тј. тежњом да се до ње дође

¹⁹ У том смислу уп. *Недељковић* Архив XLVII (1935), 207 и след.; *Перић*, Доказивање сведоцима, 48 и след.

у парничном поступку. Та мисао – очигледно под утицајем *Клајна* – обухватала је читав комплекс питања, а пре свега метод оцене доказа. С обзиром на своју позицију „пречанска струја“ је инсистирала на потпуном систему слободне оцене доказа. Супротно, један од аргумената србијанске струје је било само схватање поступка. Обарала се теза да уопште постоји потреба да се тражи и утврђује материјална истина у парничном поступку. Другим речима, нападао се – иако не под тим именом – истражно начело. Кроз ову аргументацију, која није била главна, дошло је до евиденције само схватање поступка, које се без сумње може назвати либералним. Сви обриси класичног либералног схватања, својственог рудиментарном француском, али и германском, били су присутни.

Поуздани аргументи да се ради о либералном схватању поступка се препознају у истицању бојазни од истражног начела. Наиме, константно се акцентује опасност од превелике власти суда као државног органа; слободна оцена доказа је у том смислу, заправо, израз апсолутизма државе,²⁰ за чега нема места у тадашњем систему. Јер, слободно уверење судије као једини параметар оцене доказа је његова апсолутна власт. Тако *Перић*, позивајући се на француску теорију, истиче да се тиме од „фетишизма апсолутног монарха дошло до фетишизма судије“.²¹ Даље, што се и надовезује на речено, у парничном поступку нема места „начелу материјалне истине“ због природе спора. Грађанско право је диспозитивно право, и стога је воља грађана пресудна; она је основна вредност која се мора поштовати. Истина је оно што странке желе, а не природни закони физике. На основу тога није ни могуће правити паралелу са кривичним поступком.²² Међутим, то није само питање догматике и логичке нужности, и у том смислу ни за ово схватање догматичко оправдање либералног концепта није једино. Либерално схватање, које подразумева доследно поштовање воље странака, дакле њихову владавину, израз је индивидуалистичко-буржоаског уређења друштва. У складу са тим је уређење да признање тврдњи апсолутно веже суд – он нема шта више да истражује уколико странка признаје тврдње. Исто тако, уколико странка неће да предложи или приложи доказе, то је само њена ствар, јер се ради о њеном приватноправном спору.²³ Обрнуто, инсистирање на истраживању истине, што би подразумевало да наведено не важи, израз је колективистичког, односно комунистичког система друштвене организације. Ништа јасније не изражава либералне позиције од аргументације *Перића*.

Према томе, нелогично је и противно садашњем друштвеном уређењу буржоаских држава, које уређење почива на установи приватних права, унети у ГСП начело материјалне истине у колико би се исто начело косило са тим установама: начело материјалне истине у Грађ. Суд. Поступку значи, ту, негирање установа приватнога

²⁰ У том смислу *Перић*, Доказивање сведоцима, 26; *Недељковић* Архив XLVII (1935), 207 (214); *В. Благојевић*, Истраживање материјалне истине, .

²¹ *Перић*, Доказивање сведоцима, 26; у истом смеру и *Недељковић* Архив XLVII (1935), 207 (211/212, 214).

²² *Перић*, Доказивање сведоцима, 38 и след.; у истом смислу и *Недељковић* Архив XLVII (1935), 207 (212 и след.).

²³ *В. Благојевић*, Истраживање материјалне истине, 40 и след.

права и аутономије воље појединца у приватно-правним односима, оно што чини колективистички одн. комунистички систем друштвене организације. Ауст. Грађ. Суд. Поступак, уколико је реч о начелу материјалне истине у том и таквом обиму, није у самој ствари закон који одговара буржоаском систему, и ако је, разуме се, и Аустрија била једна буржоаска држава. Необјашњиво је како је аустриски законодавац могао учинити једну овакву основу грешку.²⁴

2. Такозвано пречанско схватање

За разлику од србијанске, либералне струје, пречански део доктрине није изричито заузимао ставове по питању схватања поступка, барем не онако како су то радили у то време *Клајн* и његови настављачи. Због тога се чини да је оправдана критика србијанске струје да се „материјална истина“ узима као догма, као полазни принцип, без даљег објашњавања. Тако гледано, пречанско схватање у методолошком смислу чини управо оно што сам *Клајн* приговара либералној струји. Наиме, овде се полази од његовог готовог резултата, са позивањем на анахроност схватања да судија треба да буде пасиван; навођење аргументације зашто је то анахроно, и зашто је *Клајново* схватање „модерно“, у великој мери изостаје. Ако би могао да се нађе аргумент за оправдање „материјалне истине“, иако и она сама није у потпуности расветљена као процесноправно начело или концепт, онда би то био *Цуљин* навод да само материјална истина испуњава задатке правосуђа и законодавца зарад општег добра и друштвених интереса;²⁵ зато и судија има овлашћење и дужност да тражи материјалну истину (§§ 246 ст. 1, 368 Грпп).²⁶ Ипак, у назначеном ставу изостаје кључно питање, а то је граница овлашћења суда. *Верк (Werk)*, који припада истом правцу, то изричито истиче, и то у складу са идејом слободе странака – активност суда на тражењу материјалне истине је у крајњој линији ограничена вољом странака.²⁷

Уз речено, неопходно је нагласити да „пречанско“ схватање поступка није било ни на једном месту као такво артикулисано. У том смислу, приказ је само реконструкција спрам препознатљивих параметара схватања поступка. Исто тако, питање је да ли се уопште може говорити о једном схватању поступка, с обзиром да постоје одређене концепцијске недоследности представника које доводе у сумњу читаве тезе. Тако *Цуља*, иако потенцира тежњу за материјалном истином и активност суда, прави фундаментални заокрет, па истиче да онда када је странка заступана путем адвоката активност суда нема стварни значај. Тиме се он, заправо, сврстава у ред изразито либералне доктрине.

²⁴ Доказивање сведоцима, 40/41.

²⁵ ГПП КЈ, 396, 410/411.

²⁶ ГПП КЈ, 410.

²⁷ Уп. *Werk*, 16 и след.

3. Схватање *Б. Благојевића*

Заокружено схватање поступка у овом времену даје једино *Б. Благојевић*. Његово схватање се може поуздано означити као изразито антилиберално, и што се тиче овог сегмента, умногоне одговара *Клајновом* схватању. Заправо, чини се да су основне полазишне тачке код *Б. Благојевића* управо *Менгерове* и *Клајнове*. Наиме, мисао о „социјалности поступка“ и негирање либералног учења је централно место схватања. Парница више није двобој странака, нити је њихова приватна ствар, већ је то вршење јавне службе.²⁸ Поступак има огроман друштвени значај који у сваком случају превазилази индивидуалне интересе. Његов циљ је, што *Б. Благојевић* на више места напомиње, материјална истина. Но, потребно је то додатно појаснити. Појам „материјална истина“ за њега је заправо двозначан. С једне стране је класична садржина у виду чињеничног стања које одговара стварности, док је с друге стране материјална истина заправо синоним за исправно пресуђење.²⁹ Тако схваћена, она подразумева и исправну примену материјалног права, што се може омогућити само ако принцип материјалне истине у смислу невезаности суда за страначке радње важи и за примену права.³⁰ У сваком случају, спрам примата општег, јавног интереса, материјална истина као принцип треба да допринесе његовој заштити. Ништа не мења околност да се ради о приватноправним споровима, јер је циљ поступка – очигледно утицај *Клајна* – чување објективног правног поретка, а не субјективних права.³¹

Негирање индивидуалистичког и либералног схватања је присутно при готово сваком разматрању конкретних проблема. Наравно, питање активности или пасивности суда заузима значајно место, на којем *Б. Благојевић* изричито изражава своје идеолошке позиције, чиме се пресудно удаљава од *Клајна*. Схватање о пасивном судији и сходно томе дарвинистичка слика парнице је израз

[п]равног система који постоји и функционише да би сачувао у потпуности капиталистички систем. Он, па и поступак, са гледишта оних који га у датом моменту формулишу, најбоље схваћен начин за очување њихових интереса.³²

За *Б. Благојевића* такво схватање је превазиђено, јер је

социјална не само форма него и садржина поступка, данас је једно стечено добро и руководно начело проистекло из његове циљност, и мора да послужи као основица за његову примену у пракси и његову обраду у правној науци.³³

Међутим, веома важна компонента његовог схватања је оцена тадашњих упоредноправних система и доктрине. Тако истиче да се тадашња немачка националсоцијалистичка концепција, тј. „националшовинистичка, у основи и суштини не разликује од свих других буржоаских држава;³⁴ исто је и са аустријским

²⁸ Начела, 115.

²⁹ Уп. Начела, 326 и след.

³⁰ Начела, 327.

³¹ Начела, 112. Иначе на истом месту и излаже схватање субјективних права као мере социјалне функције које правни поредак приписује грађанима; оно има технички смисао.

³² Начела, 105.

³³ Начела, 110.

³⁴ Начела, 78 фн. 8.

хришћанско-корпоративним поретком. Они постоје да би спасили „постојећи капиталистичко-буржоаски поредак и да спрече остварење новог друштвеног система, онога који би требао да значи остварење социјалне правде, слободе и једнакости“.³⁵ Немачки поступак и поред некаквих измена изражава индивидуалистички и капиталистички дух, који потиче од француских идеја изражених у Законику из 1806. г.³⁶ *Клајн* је, међутим, препознао потребу колективизације друштва и колективизације појединачних интереса. Стога закључује, што је коначни показатељ његове оријентисаности, да је

[в]елики правник и социолог Клајн, творац ауструског па према томе и нашег система, осетио је то, можда подсвесно, и пошао тим путем. Законик о грађанском судском поступку у Совјетској Русији довршење је тог дела.³⁷

Дакле, аустријски поступак је остао на пола пута, а совјетски поступак је репрезентативни модел. Уколико се има у виду *Клајнова* концепција, онда се на овом месту и види пресудно разликовање *Б. Благојевића* у односу на њу. Како је већ речено, *Клајн* никако није имао на уму екстремно колективистичко схватање поступка и негирање аутомоније странака, што је управо основна карактеристика совјетског модела. Он сам није сматрао да је остао на пола пута, нити се до краја живота заузимао за даље мењање аГрпп у правцу још веће „власти суда“. Према томе, када се има у виду схватање поступка *Б. Благојевића*, и поред преузимања идеја *Клајна*, не може се говорити о идентитету.

IV. Схватања о важећем начелу у погледу прикупљања процесног материјала расправног начела у доктрини

1. Уводна напомена

Напред грубо приказан спор о једном конкретном питању – допуштеност сведочења – показао је да је аргументација једне или друге струје у одређеној мери била концепцијске природе, заснована у крајњој линији на схватању поступка. Повод за реакцију србијанске владајуће доктрине је било свакако лоше искуство са неограниченом могућношћу сведочења, исто тако и осећај изиграности. Један од аргумената на којима се базирао њен став је био и онај о принципу формалне истине, иманентном парничном поступку, тј. критика приципа материјалне истине у парници. С обзиром да је дихотомија принципа, у складу са поимањем тог времена, била заправо синоним за дихотомију расправног-истражног начела, тако је и изашло на видело схватање теорије о овим начелима. С друге стране, у уџбеницима и могографским издањима се већ говорило о расправном и истражном начелу, па тако постоје и изричитии ставови о томе.

³⁵ Начела, 107 фн. 82.

³⁶ Уп. Начела 103/104.

³⁷ Архив XLVIII (1935), 600 (605).

2. „Пречанско“ схватање

Сврставање схватања *Цуље* и *Верк* поводом овог питања под заједнички именитељ који се односи на правац схватања поступка није оправдано истим идејама, већ догматичким приступом. Како је речено, србијанска струја није толико ни упозната са појмом расправног начела, па тако и сва питања која се тичу њега разматра у контексту формалне и материјалне истине. Супротно, управо због свог порекла, пречанска струја је оријентисана ка германској догматици, па она изричито и спомиње расправно начело. Дакле, у том смислу *Цуља* и *Верк* излажу на исти начин ову тематику, а како следи, њихова схватања се разликују, иако постоје и заједничке нити.

Постојање чистог расправног и истражног начела као јединих догматичких појмова је присутно код *Цуље*. Расправно начело, према томе, подразумева да суд „не сме ни у коме правцу утицати на прикупљање ни формирање тог [*scil.* чињеничног, *M. K.*] материјала“.³⁸ С обзиром да то никако није случај са Грпп, јер постоји материјално управљање парницом у виду дужности питања и овлашћења извођења доказа по сл. дужности, у њему расправно начело не важи. Међутим, *Цуља* ни не именује важеће начело, већ истиче да се ради заправо о комбинацији расправног и истражног начела.³⁹ Важно је напоменути да се такав став правда природом материјалног управљања парницом – она је инквизиторна делатност.⁴⁰ Но, како је речено, *Цуља* у посебном бављењу дужности упућивања заступа тезу о његовом неважењу онда када странка има пуномоћника адвоката,⁴¹ чиме битно одступа од основне замисли узора.

Верк на, може се речи класичан и данас још увек владајући начин, поставља проблем. У том смислу само странке одређују могући оквир чињеничног стања, као и потребу за доказивањем.⁴² Расправно начело, дакле, важи. То је оправдано начелом диспозиције, па се тако показује догматичко оправдање расправног начела.⁴³ Међутим, *Верк* тада равноправно спомиње и материјално управљање парницом у виду дужности упућивања, па закључује да заправо због тога важи „начело целисходне сарадње суда и странака“, које никако не значи и истражно начело.

Суд не може да расправља о чињеницама, које странке нису изнеле, нити онда када су му ове познате по приватном сазнању његових чланова, сем када се ради о тачкама на које пази по сл. дужности; он је позван међутим да се стара, да се ствар

³⁸ ГПП КЈ, 381.

³⁹ ГПП КЈ, 381: „измирење два супротстављена принципа“.

⁴⁰ ГПП КЈ, 382.

⁴¹ ГПП КЈ, 675: када је странка заступана адвокатом повреда дужности упућивања не води укидању пресуде, тј. то није битан недостатак поступка.

⁴² *Werk*, 16 и след.

⁴³ Уп. *Werk*, 17: „Расправно начело јест према томе наличје начела располагања, сходно којему странке могу, било непосредно властитим изјавама, било посредно предузимањем или пропуштањем становитих процесних радња, слободно располагати о спорном правном односу. Расправно начело трпи изнимку само тамо, где разлози приватно-правне или јавно-правне природе налажу, да суд и у грађанском поступку поступи основном начела ислеђивања ствари по сл. дужности“.

потпуно претресе [...] Ова дужност суда да и материјално управља са парницом, то јест да узнастоји да се спорна ствар темељито претресе, не уводи у поступник начело ислеђивања спора по сл. дужности, које влада у кривичном, извршном, ванпарничном и у управном поступку, као и изузетно у парничном. Она, у границама расправног начела, поставља начело целисходне сарадње странака и судије у истраживању материјалне истине основом чињеничке грађе придонесене од странака и од њих до потребе употпуњене под активном сарадњом суда, који на ту грађу по властитом нахођењу и без потицаја странака примењава послетке искуства, законске прописе, обичајно право.⁴⁴

Дакле, види се да *Верково* схватање одговара, пре свега, данашњем схватању дужности упућивања и односа према расправном начелу. Суштински, за њега важи начело целисходне сарадње суда и странака, што није ништа друго до *Клајнова* теза о радној заједници суда и странака, или данашња теза о максими кооперације. У том смислу се и његово схватање може означити схватање о ублаженом расправном начелу. Јер, слобода и одговорност странака се не доводи у питање – суд је везан тврдњама и признањем тврдњи. Дужност суда није истражна, већ „подупирућа“.⁴⁵

3. Србијанско либерално схватање

На либералном србијанском схватању се види утицај раног француског концепта, који би према некима требао да кореспондира на идејним основама класичне либералне немачке струје. Наиме, све премисе једног идејног концепта су присутне: владавина странака као одраз приватне аутономије, потом, што следи из тога, и принцип формалне истине, који допушта ограничење сведочења, што је типична француска идеја; негативно, неспојивост истраживања суда с позивом на приватну аутономију и концепт државе; на крају, повећавање активности суда и јачање његове позиције представља израз апсолутизма, или бојазан од њега.

Либерална србијанска доктрина због своје претежне оријентације ка француској теорији расправно начело као такво или не спомиње, или га само узгредно ставља у контекст. Изузетак је, свакако, *Аранђеловић*, што и није толико чудно, с обзиром да је он „немачки ђак“.

Схватање овог дела доктрине поводом важећег начела никако није јасно артикулисано. Фрагменти се могу наћи тек у расправама поводом питања допуштености доказивањем сведоцима, у којима се на крају и исказало либерално схватање поступка. За србијанску струју је, сходно већ тада успостављеним појмовима, начело материјалне истине заправо истражно начело, док је принцип формалне истине расправно начело. Последње речено се може разумети из појма саме формалне истине. То је укупности начин доласка до чињеничне подлоге пресуђења. Уколико постоје изричита правила закона по којима суд мора да узме неку чињеницу за подлогу пресуђења, без његове слободне оцене, онда се ради о принципу формалне истине. Обрнуто, постоји материјална истина као начело. Она подразумева да се „истражује чињенично стање“.

⁴⁴ *Werk*, 18.

⁴⁵ *Werk*, 18, с позивом на *Полака*.

У критикама упућеним пре свега пречанској струји, која је истицала, или чак инсистирала, да у Грпп важи принцип материјалне истине, заступници либерланог схватања напомињу да ни сам аустријски закон, тиме ни Грпп, није доследан. Наиме, принцип формалне истине итекако је присутан, с обзиром да је суд везан признањем тврдњи. То је у сваком случају оправдано због „природе спора“, односно због природе грађанског материјалног права. Оно је диспозитивно, и то се преноси на поступак.⁴⁶ У том смислу се може доста поуздано закључити да је питање располагања идеалним чињеничним стањем путем признања тврдњи логичка последица „природе ствари“. Наравно, то није и једно оправдање, већ, с обзиром да се ради о класичном либералном схватању, постоји и правнополитичко/идеолошко. С друге стране, истиче се и ограничени домет материјалног управљања парницом из § 246 Грпп, што је за пречанску доктрину био показатељ начела „материјалне истине“. *В. Благојевић* напомиње да наведена активност суда суштински није истражна, јер не постоје принудне мере против странака које не одговарају на питања суда.⁴⁷ Према томе, већ Грпп показује да постоје изузеци од „начела материјалне истине“, па се и не може говорити о томе начелу. Како то *Перић* констатује, аустријски модел је заснован на „формално-материјалној истини“.⁴⁸ Уколико се то схвати спрам појмова расправно и истражно начело, ради се о њиховој комбинацији. Међутим, и то је најважније, за овај правац доктрине такво уређење је противречно и нелогично, и у томе се види основна мана аустријског система.⁴⁹

Основни недостатак србијанског схватања је недовољно познавање проблематике дужности упућивања, што се само везује и за непознавање концепта расправног начела које подразумева терет тврдње. Наиме, терет тврдње је интегрални део германске доктрине и модела поступка, и он постоји и у аустријском поступку. Тако нешто је непознато у то време за србијанску доктрину, па се зато и дужност суда да постављањем питања ради на истинитом утврђењу није могло схватити на други начин него „истраживање истине“.⁵⁰ Другим речима, санирање дефицита тврдњи путем постављања питања и давања одговора, што подразумева да од странака зависи у крајњој линији „истинито утврђење“, непознато је као концепт. Управо због тога се и узимало да начело материјалне истине постоји, а које је онда ограничено формалном истином у виду признања тврдњи. У свему се, дакле, види колико је било битно схватити аустријски текст закона у складу са догматиком која је постојала у Аустрији. Преношење текста закона само за себе није довело до преузимања његовог духа, при томе не мислећи уопште на чисто правнополитичка исходишта. Дефицити догматике, што је сасвим разумљиво спрам оријентације на

⁴⁶ Уп. *Перић*, Доказивање сведоцима, 39 и след., нарочито 43; *Аранђеловић*, ГПП II, 48; *В. Благојевић*, 43.

⁴⁷ Истраживање материјалне истине, 42 фн. 30, 31.

⁴⁸ Сведоци, 61.

⁴⁹ Уп. *Перић*, Доказивање сведоцима, 42 и след., 61; *Недељковић* Архив XLVII (1935), 207 (212 и след.).

⁵⁰ Изузетак је свакако *В. Благојевић*, који, како је речено, и обара тезу о „материјалној истини“ управо спрам значења дужности упућивања.

француску доктрину, довели су до тога да се остане у категоријама које су већ у то време превладане у доктрини која је – природно – постала узор.

4. Схватање *Б. Благојевића*

Схватање *Б. Благојевића* се у потпуности разликује од како од србијанског, тако и пречанског схватања. Иако постоје одређене заједничке тачке, његово сасвим другачије схватање поступка се одразило и на поимање Грпп. С друге стране, и то је од нарочитог значаја да се истакне, схватање *Б. Благојевића* у погледу важећег начела одудара и аустријске доктрине тог времена, а нарочито од *Клајна*.

Важеће начело Грпп је за *Б. Благојевића* истражно начело, и напомиње да око тога не би ни требало да буде сумње.⁵¹ Расправно начело, по којем је суд везан за чињеничне наводе странака је израз превладаног индивидуалистичког схватања поступка, па сходно и његовој оријентацији је неприхватљиво.⁵² Упориште за наведено је одредба о дужности упућивања странака и могућност да се, додуше ограничено, изводе докази по сл. дужности. Но, за разлику од аустријске доктрине тог времена он у материјалном управљању парницом не види помоћну, потпорну активност суда у релацији са страначком; за њега је такво схватање само израз заостатка индивидуалистичког приступа, а засигурно погрешно, он то пребацује *Полаку*.⁵³ Међутим, тиме не само да исказује суштински другачије поимање од тадашње аустријске и југословенске доктрине, већ изражава пресудно напуштање основне замисли *Клајна*. Наиме, и за *Клајна* је дужност упућивања само помагачка и служи активирању странака. Ипак, у критици наведене „превладане“ теорије он не спомиње *Клајна*. Према томе, дужност материјалног управљања парницом је аутономна истраживачка делатност суда,⁵⁴ наспрам које се и показује истражно начело. Наравно, свакако да се аргументација враћа на циљ поступка, а то је „материјална истина“ у једном ширем смислу, која је опет нужна због колективизације поступка.⁵⁵ Када се речено има у виду, онда се показује прави садржај одушевљености совјетским поступком које је изразио на почетку Начела.

Међутим, *Б. Благојевић* за питање потребе доказивања заузима сасвим другачији став, из ког се види одређена недоследност. Наиме, питање признања тврдњи и проблем везаности суда он и не поставља у својој суштини, нити га везује за питање важећег начела у погледу сакупљања процесног материјала. Оно се тиче формалне и материјалне истине. Констатација да није постављен срж проблема се види из тога да *Б. Благојевић* и не спомиње проблем везаности суда за признање тврдњи, већ полази од тога да оно (апосолутно) веже суд.⁵⁶ Потом то делимично образлаже тезом да се тада заправо и ради о материјалној истини, и поред тога што

⁵¹ Начела, 385.

⁵² Начела, 382 и след.

⁵³ Начела, 387.

⁵⁴ Начела, 387.

⁵⁵ Због тога и критикује ограничење извођења доказа сведоцима и исправама по сл. дужности онда када се странке противе томе, па предлаже новелирање Грпп; *Б. Благојевић*, Начела, 390.

⁵⁶ Начела, 335, 342 и след.

суд не проверава истинитост признатих тврдњи, јер се тада ради заправо о новој истини.⁵⁷ Дакле, ради се о тези која је присутна и у савременој немачкој доктрини (*Штирнер*). У сваком случају, и то је најважније, везаност суда за признање тврдњи је израз приватне аутономије.⁵⁸ Штавише, странке имају право да располажу чињеничним утврђењима. Исто важи и за последице изостанка или пропуштања које воде контумационим пресудама, јер се тада ради о прећутном признању.⁵⁹ Недоследност се показује свакако у томе да инсистира на колективистичком и изразито неиндивидуалистичком схватању поступка, али да ипак без било каквих ограда признаје једно либералистичко учење о признању тврдњи. То само за себе и није проблематично, уколико се прави баланс, као што је *Клајн* чинио, јер је, на крају, он изричито негирао важење истражног начела у аустријском поступку. Међутим, уколико се признаје истражно начело и изричито се негира било какав остатак расправног начела, онда је наведено схватање свакако вредносно противуречно. Исто тако, помало се чини несхватљивим да *Б. Благојевић* при таквој концепцији уопште не узима у обзир тадашње схватање *Полака* у погледу признања тврдњи, које би се много више уклапало у такву концепцију од једног чисто либералног поимања овог института.

V. Прикупљање процесног материјала у судској пракси

Грпп се није примењивао ни читаву деценију, па ни судска пракса није имала могућност да се развије у потпуности. Ипак, објављене одлуке могу дати одређене смернице за реконструкцију схватања. Уз то, доста индикативна може бити и пракса *Стола седморице, одељења Б*, која је и пре усвајања, тј. ступања на снагу Грпп примењивала аГрпп, и на чију праксу се надовезао касније и цео *Сто седморице*. У том смислу, и више него репрезентативна је одлука *СмС Б* од 08. I 1930. г. где се изричито истиче да расправно начело важи.

[н]а пољу Грађанског поступовника важи начело расправљања: *da mihi factum, dabo tibi ius*. То начело одговара приватноправној нарави потраживања, о чему имају да суде грађ. судови (чл. 1 УвЗ Јурис. норме и § 1 Јурис. норме). Судови могу, дакле, да суде једино на основу чињеничних навода, које су парничари у парници изнели, и парничари су дужни да те наводе потпуно, одређено и истинито изнесу (§§ 177, 178, 226). На наводе стварне природе, на које се странке не позивају, при решавању конкретног правног спора суд се начелно не сме освртати (§§ 177, 178, 226). Суд може једино, ако сматра да је извешан чињенични навод потребан за правилно решење парнице, дати повода да се тај навод у парници изнесе (§ 182).

Према томе, када ни туженик, ни тужилац нису у првостепеном поступку а ма ништа навели у правцу да се спорна количина круна има другачије разменити него ли је то предвиђено Законом, онда дакако првостепени суд није ни смео, ни могао да

⁵⁷ Уп. Начела, 335.

⁵⁸ Начела, 332 и след., 342 и след.

⁵⁹ Начела, 343.

на своју руку одређује релацију крунске новчанице према динарској без односних стварних навода и предлога.⁶⁰

Као што се види, дужност питања се наглашава, али у смислу допуне расправног начела, које ипак у сегменту тврдњи важи неокрњено; подлога за пресуђење су искључиво страначки наводи. С друге стране, такво схваћено расправно начело произилази из „природе спора“, па се чини да се и спрам тога схвата садржај и природа дужности упућивања (питања). На то се у одређеној мери надовезује каснија пракса *КС*, где се напомиње да је кршење дужности упућивања разлог за укидање пресуда.⁶¹

Мисао о могућности да странке у резултату детерминишу чињенично стање мимо уверења суда није озбиљније доведена у питање у пракси. Поред већ речених ставова о материјалном управљању као допуни расправном начелу, и на другим местима се заузимају децидни ставови о његовим другим „критичним тачкама“. Суд је тако везан изричитим признањем чињеница, са јасном напоменом да то не важи у погледу правних питања.⁶² Исто тако, код пропуштања када постоје услови за доношење контумационих пресуда, важи фикција признања, и што је важно, *КС* напомиње да „чињенични наводи дошавше странке не морају бити потрепљени доказима, које је она поднела, да би се сматрали за утврђене, већ не смеју бити оповргнути доказима, који су већ пред судом“ или ноторним чињеницама.⁶³ Консеквентно томе, и јасно заузетом ставу о деоби питања на чињенична и правна, ни пропуштање странке не значи везаност суда за правну оцену активне странке, што би се у резултату svelo, што се и напомиње али не под тим термином, на питање конклузивности.⁶⁴ Дакле, само осврт на репрезентативну праксу (ради се о збиркама које су најближе „званичним“) показује да страначка одговорност за правилно и потпуно образовање чињеничног стања била присутна. С друге стране, одредбе које су указивале на саодговорност суда нису биле маргинализоване, већ потенциране.

Доста је важно на крају навести схватање ревизијских судова поводом непотпуног чињеничног стања, тј. у контексту савремене аустријске теорије и праксе, поводом секундарне повреде поступка. Тако је пропуст нижестепних судова да утврде потпуно чињенично стање, и то зато што су погрешно квалификовали спор, представљао сам ревизијски разлог „погрешне правне оцене“, што је имало за последицу укидање одлука.⁶⁵

⁶⁰ Рјешења СтС I/162. Нумерација §§ у одлуци је према аГрпп, јер се у то време Грпп још не примењује.

⁶¹ *КС* Одлуке *КС* 1940-1942 /398: укидање пресуде због непостављања питања уперених на изношење чињеница и означавање доказа.

⁶² *КС* Судска пракса 1932-1939/1037.

⁶³ Судска пракса 1932-1939/1059; изражавајући исту мисао и *КС* Судска пракса 1932-1939/1058: контумациона пресуда се доноси иако је у тужби предложено сведочење, јер суд испитује само да ли из њему доступних доказа у тренутку изостанка постоји противуречност са наводима тужбе.

⁶⁴ *КС* Судска пракса 1932-1939/1053; уп. и *КС Б* ЗОВС XIX-13.

⁶⁵ *КС* ЗОВС XX/33; Судска пракса 1932-1939/530, 658, 710, 775, 850, 856; *КС Б* ЗОВС XIX/156; XX/211; XX/232; XX/290; XIX/303; XX/264; XX/357; XX/315: разлог је § 597 т. 2; исто XX/343. Тако већ и пре Грпп *СмС Б*. Рјешења СтС I/252, 279.

VI. Закључак

У закључку овог сумарног приказа међуратног уређења и схватања доктрине, може се истаћи пре свега постојање различитих схватања поступка. Дакле, постоји једно изразито либерално, једно – додуше сасвим неартикулисано – умерено социјално, и на крају изричито антилиберално, готово социјалистичко схватање. Спрам тога, па и без уједначене терминологије и уопште догматичких питања, постоје и различита схватања о важећем начелу. И поред тих разлика, чини се да србијанско и пречанско схватање заправо показују много више заједничког, и поред евидентних разлика. И једно и друго је сагласно у томе да нити важи чисто расправно начело, нити чисто истражно. Према томе, расправно начело није важеће начело. Исто тако, може се констатовати да повода за конкретним негативним критикама у погледу уређења прикупљања процесног материјала нема, и у то правцу слободе странака – признање тврдњи везује суд. *Верково* схватање се, међутим, мора издвојити, с обзиром да је оно на догматичком плану најјасније изражено. Исто тако, оно је – гледано из данашње перспективе – најприближније модерном схватању односа расправног начела у догматичком смислу и судијске дужности упућивања. Он говори о „принципу целисходне сарадње суда и странака“, а сарадња се види управо у судијској дужности упућивања. Како је већ речено, то је спрам схватања које се заступа у овом раду ублажено расправно начело. На крају схватање *Б. Благојевића* има без сумње аутономну позицију, с обзиром да је изричито заступао тезо о истражном начелу као важећем. Имајући у виду његово схватање поступка уопште, као и идеолошку припадност, то и не чуди.

§ 15 Парнични поступак социјалистичке Југославије

I. Историјски контекст доношења ЗПП 56 и утицај на схватања поступка

1. Растанак са СССР као преломна тачка развоја парничног поступка

Након завршетка Другог светског рата и успостављања новог друштено-економског и државног поретка, читаво право, укључујући и науку, се преобразило у складу са новим системом. Предратни правни поредак је стављен ван снаге, и сходно чувеном чл. 4 ст. 1 Закона о неважности правних прописа, предратни правни прописи су постали „правна правила“, која су служила за попуњавање правних празнина, али уз основни услов да нису у супротности са „начелима уставног поретка ФНРЈ и њених ребулика“. На тај начин је направљен идеолошки филтер за примену предратних правних правила. У сваком случају, период након завршетка Другог светског рата обележава снажно идеологизовање законодавства и науке. Совјетски утицај је и више него видљив.

С обзиром да се ради о изузетно значајној материји, која је уједно и умногоме зависна од духовних стремљења и концепције државе, парнични поступак је требао одмах да се регулише. Грпп очигледно није био у могућности да задовољи тадашње потребе. Он је био, и поред своје социјалности ипак само буржоаски поступак, са решењима која су била неприхватљива за уставна начела ФНРЈ, па је тако, примера ради контумациони систем био проглашен као такав.¹ Заправо, и пре доношења Закона о неважности прописа мисао о неприхватљивости Грпп је присутна, јер се већ у јесен 1945. г. писање преднацрта новог парничног поступка поверава *Цуљи*, који га предаје надлежним властима 1946. г. Но, преднацрт није прихваћен, јер се исувише ослонио на Грпп, односно премало на совјетско право.² Потом се он преправља у више наврата, све до новог преднацрта из 1949. г., који је прихватио многе детаље из Грпп, и који ће касније, уз поновна скраћивања и не тако мала преправљања, постати ЗПП 56. За овакав обрт у виду почетног инсистирања на совјетском узору, до његовог маргинализовања, свакако да је био пресудан један политички моменат – Резолуција Информбироа, односно прекид односа са СССР 1948. г. ЗПП 56 је тако због пре свега политичких разлога следио, тврди се, модел предратног поступка, тј. он је био сачињен по *Клајновој* мустри.³ То је свакако

¹ Изричито *Камхи*, ГСП, 242; *ВСЦГ* ЗбиВрхС I/320. Касније и *Трива* ЗбоЗГ 11 (1960), 286 (287), истиче да се пракса поводила за совјетским узором.

² *Цуља* ЗбоЗГ 7 (1957), 121 (122); *исти*, ГПП ФНРЈ, 57.

³ У том смислу *Трива*, ГПП I², 38/39; *Цуља* ЗбоЗГ 7 (1957), 121 (122); *Трива/Белајец/Дика*⁶, 38/39; *Познић* ПЖ 1-2/1996, 67 (67); *Г. Станковић* *Анали* ЛП/1-2 (2004), 205 (207); *Ракић-Водинелић* у: *Новине у грађанским поступцима*, 5 (10). Уп. међутим *Цуља*, ГПП ФНРЈ, 56/57, који напомиње да постоји разлика између Грпп и ЗПП 56 чак и онда када одредбе гласе једнако, с обзиром на другачији друштвени и државни амбијент примене потоњег. Ову мисао нарочито потенцира *Грађански* Гласник

видљиво на редакцијском плану у погледу преузимања решења Грпп, као и у начелној структури поступка. На овом месту не треба улазити у детаље, па ни у погледу питања овог рада. Потребно је само констатовати, што ће се потврдити у погледу основних начела овог система, да поступак социјалистичке Југославије није следио совјетски узор, и то због политичких прилика.⁴ Природни след догађаја је био да се у журби доношењем закона преузме што је више могуће из онога што је једино стајало на располагању – Грпп.

2. Утицај растанка са СССР на схватања поступка

Растанак са СССР није имао утицај само на уређење парничног поступка, већ је, чини се, омогућио и развој доктрине мимо стега које су постојале до тог тренутка. Невезано за саму догматику, након 1948. г. се створио предуслов и за развој схватања поступка која нису била изразито идеолошки одређена, односно никако у мери у којој је то препознатљиво за тврду социјалистичку доктрину.⁵

Већ након успостављања новог државног система и дисконтинуитета са претходним правним поретком и у области грађанског процесног права литература се преображава на идеолошким премисама. Тековине совјетске правне науке се прихватају и у домаћој процесуалистици, па тако мисао о класном карактеру парничног поступка и фундаменталним разликама у односу на „буржоаске“, и поред постојања идентичних начела и појмова, налази своје место у доктрини. Најжешћи поборник оваквог приступа је несумњиво *Камхи*, код кога се на сваком кораку виде идеолошка оправдања и утицај совјетске, односно социјалистичке науке. Целокупно схватање поступка он трансформише у односу на предратно „буржоаско“ стање на премисама социјализма, на класном карактеру парничног поступка као његовој суштини.⁶ Стога је судски грађански поступак „скуп ради (дјелатности) и међусобних односа лица која у интересу владајуће класе на законом прописан начин учествују при судском расправљању и рјешавању грађанско-правних спорова“.⁷ При таквом схватању, примарни задатак парничног поступка је стриктно обезбеђивање социјалистичке законитости приликом решавања грађанскоправних спорова, а логичан израз таквог задатка је утврђивање материјалне истине. Она је као сврха поступка различита од буржоаског поступка, јер и поред на први поглед идентичног начела у њему постоји квалитативна разлика, која је у крањој линији у класном карактеру социјалистичке процедуре.⁸ Тиме се заокружила мисао о изразито јавноправном карактеру грађанског поступка социјалистичке државе, у којој се не признаје подела на јавно и приватно право, и у којој су и грађански судови

АКВ 1/1964, 1 (2/3), напомињући да је улога суда у социјалистичкој држави квалитативно другачија, јер грађанско процесно право више не служи остваривању приватних права којих више и нема – нема поделе на јавно и приватно право.

⁴ На међузавинскост „ублажене форме социјализма“ у Југославији и уређења поступка другачије од земаља Источног блока указује и *Галич*; *Galič* R. L. R. 27 (2010), 117 (118 и след.).

⁵ Репрезентативни пример је схватање поступка у ДДР; в. горе § 8 IV 3.

⁶ *Камхи*, ГСП, 11, 90.

⁷ *Камхи*, ГСП, 12.

⁸ Уп. *Камхи*, ГСП 17, 91

подједнако заинетеросовани за проналажење материјалне истине као и кривични. Другим речима, присутна је не само негација либералног схватања поступка, већ, и негација социјалног схватања *Клајна*. Реч је о класичном социјалистичком схватању поступка које је идентично као оно у ДДР. Активизам суда и инквизиторност у таквом схватању има значајно место управо због остварења начела материјалне истине. Због тога не чуди да *Камхи* одриче могућност контумационих пресуда као противних природи социјалистичког правосуђа, па за њих више места нема.⁹ Потврда тога је и сама судска пракса која је у складу са овим премисама негирала њихово постојање.¹⁰

Ипак, и у ово време „најснажнијег револуционарног заноса“ и преузимања совјетске концепције било је супротних мишљења. *М. Марковић*, ако не наш највећи, онда један од највећих процесуалиста, 1948. г. издаје своју Теорију грађанског судског поступка у којој на идеолошки неутралан начин, боље рећи противно новој идеологији, излаже ову материју. Његово схватање је „класично“ предратно схватање, пре свега класично схватање *Клајна*. Уколико се његова схватања ставе у контекст основних идеја *Клајна*, што понегде и није тешко с обзиром да га он и цитира, види се наведена нит. Сасвим супротно од *Камхија* нема говора о идеолошком задатку поступка, нити о радикално колективистичком схватању поступка. Маркантно је у том смислу и његово схватање „начела материјалне истине“, које је тада већ постало интегрални део социјалистичког поступка. На више места истиче да материјална истина није сама за себе циљ поступка, већ да је то „правилно, брзо и јефтино решење грађанско-правног спора“ – несумњиво утицај *Клајна*. При свему томе он посебно наглашава приватну аутономију и целокупну релативност „материјалне истине“ у парничном поступку, закључно са немогућношћу да се дође до идеје о истинитој подлози за пресуђење као у кривичном поступку.¹¹ Због оваквог занемаривања „идеолошких премиса“ *М. Марковић* је у професионалном смислу платио главом – на иницијативу „освешћених“ студената управо због тог греха изгубио је место наставника на београдском Правном факултету.

Да је доктрина била у могућности да слободније изражава схватање поступка након растанка са СССР, потврда се налази у целокупној литератури која следи. Призвучи идеолошких образложења су, укупно гледано, маргинални. Свакако да их је било, али је то само у времену непосредно након доношења ЗПП 56. Изузимајући *М. Марковића*, који опет на изричито идеолошки неутралан начин схвата парнични поступак, *Камхи* у новом уџбенику само понавља своје дотадашње схватање, сада спрам позитивног права, налазећи у сваком институту његов класни карактер. Много мање радикално, али ипак у оквиру идеолошких категорија су и други резоновали. Тако *Цуља* нарочит значај даје начелу социјалистичког демократизма и његовом остварењу у парничном поступку. Као његов дериват је врховно и основно начело парничног поступка начело законитости, које је опет судбински везано за

⁹ *Камхи*, ГСП, 242.

¹⁰ В. фн. 1.

¹¹ *М. Марковић*, Теорија, 89, 99.

начело тражења материјалне истине. Ипак он наглашава да ови принципи нису први и непосредни циљ парничног поступка, већ је то пружање правне заштите странкама у поступку који је брз, лак и јефтин.¹² *Познић* у првом издању свог уџбеника представља два традиционална схватања поступка германске теорије (либерално и социјално), па закључује да се идеја о социјалном поступку и у оквиру социјалистичке друштвене идеологије добро уклапа.¹³ Циљ поступка је првенствено заштита објективног правног поретка, с обзиром да истиче да је поступак средство кроз које се остварује законитост у грађанскоправним односима, а тиме се, изгледа посредно, остварује и циљ због којег је странка поступак покренула. Једноставније: са успостављањем нарушеног правног поретка, странка добија заштиту за своје повређено право.¹⁴

Почетно идеолошко акцентовање схватања поступка, како се види, и није било толико изражено. Оно је врло убрзо и минимализовано, а у поређењу са другим гранама права заправо напуштено. Каснија издања уџбеника *Познића* и његови други радови показују заправо приврженост једном социјалном концепту у којем се готово и не спомињу нити класни моменти нити призвуци идеологије. Читав *Тривин* опус, па и са првим радовима, готово да је идеолошки неутралан и окренут је класичним концептима пре свега германске доктрине. Слобода странака и њихова аутономија код њега има централно место, с тим да поступак не схвата никако у либералном смислу, већ чини се да и он прати *Клајнове* мисли. *Тривина* одбојност према – суштински – совјетском схватању поступка, коју он пребацује судској пракси, долази до изражаја пред сам крај СФРЈ. Тако он наглашава доминантан менталитет праксе, за кога је карактеристично

да је изразито колективистички државотворан, претежно у функцији схватања по којима је индивидуални правни субјект највише налик мраву задуженом да у мравињаку сваким својим чином приноси снази и величини заједнице, па макар и уз особне жртве. У контексту таквих схватања норме процесног права третирају се као правила о пукој „форми“ поступања, а не као суштинска правила којима се зајемчује поштовање и остваривање основних вредности правног система, пре свега заштита права и слобода непоновљивих правних субјеката, без чије добробити нема ни добробити заједнице чији су они чланови.¹⁵

Сходно наведеном, могло би да се закључи да је заиста већинска доктрина, а може се рећи и владајућа, остала верна класичном схватању поступка у социјалној варијанти. Оно што би могло да буде карактеристично одређење јесте идеолошка неутралност. Или, може се рећи, идеолошки утицаји никада нису постали доминантни правац у доктрини. Схватања која су одречно правила разлику у односу на „буржоаска“ схватања, укључујући и предратна, остала су у мањини. Оно што је најважније јесте да се сплетом историјских прилика никада није прешао праг социјалистичке надградње *Клајновог* схватања као што је то био случај са системима Источног блока. С друге стране, а што је од изузетне важности за

¹² *Цуља*, ГПП ФНРЈ, 68 и след.

¹³ *Познић*, т. 45.

¹⁴ *Познић*, т. 48 *in fine*.

¹⁵ У: ГПП у пракси, 116 (135).

схватање тадашње литературе, са преузимањем костура Грпп, па и поред одступања која су имала фундаментални значај, није прекинута оријентисаност ка германској доктрини. Она је била, и остала исходиште како догматике, тако и решења конкретних проблема у оквиру југословенског права.

II. ЗПП 56; ЗПП 76

Закон о парничном поступку из 1956. г., како је речено, резултат је релативно интензивног рада. Он је за своју основу заиста имао Грпп, и грубо је задржао његову структуру – поступак је био тростепен. Првостепена пресуда се доносила на основу усмене расправе, коју је суд заједно са странакама припремао. Постојао је и контумациони систем, с обзиром да је постојала пресуда због изостанка. С друге стране, низ института је идентично решен, понегде и сам готово истом редакцијом. Време након доношења ЗПП 56 су обележиле његове новеле у којима се мењао систем ревизије, али без дирања у начелну конструкцију поступка.

Други закон социјалистичке Југославије – ЗПП 76 – иако је фундаментално променио модел свог претходника (прелазак на концепт двостепености уз задржавање ревизије сада као ванредног правног лека), у осталим стварима суштински није представљао нов закон; пре се радило о новели старог.¹⁶ Стога се бесумње он може означити као настављач ЗПП 56, односно ради се не само о истом моделу, већ о истом систему. Њега ћемо означити или као систем ЗПП 56/76, или због времена у којем је настао и у којем је важио, социјалистички поступак (Југославије).

III. Начела ЗПП 56/76 и основне карактеристике које су у вези са прикупљањем процесног материјала

1. Начело диспозиције

Начело диспозиције је представљало основно начело поступка и на тај начин се изражавала приватна аутономија странака. Поступак се покретао искључиво на иницијативу странака, уз одређену могућност да поступак покрене и јавни тужилац. Странке су искључиво иницирале поступак по правним лековима, са изузетком захтева за заштиту законитости. Суд је био везан постављеним захтевима, па тако није могао да досуди нити више, нити друго од захтеваног, а судови су о томе водили рачуна.¹⁷ Странке су могле да слободно располажу предметом спора: тужени је могао да призна тужбени захтев, а тужилац је могао да се одрекне од њега (чл. 3 ст. 1 и 2 ЗПП 56, одн. чл. 3 ст. 1 и 2 ЗПП 76). У оба случаја би се доносила пресуда којој је подлога била искључиво изјава воље странке, дакле без обзира на

¹⁶ Тако и *Трива* у: Ново ППП, 3; у истом смислу *Познић* ПЖ 1-2/1996, 67 (68); *Г. Станковић* *Анали* ЛП/1-2 (2004), 205 (207).

¹⁷ Тако већ и пре доношења ЗПП 56 судови наглашавају начело диспозиције „сходно правним правилима“; *ВСС Микуландра/Гајић*, бр. 290; *ВСХ Микуландра/Гајић*, 291.

конклузивност тужбе.¹⁸ Другим речима, материјално право се није примењивало у класичном виду. У истом смислу су странке могле да закључе судско поравнање. За сва ова располагања једини услов је био да се тиме не располаже противно принудним прописима, правилима морала (самоупоравног социјалистичког друштва) или јавном поретку.¹⁹ На крају, тужилац је могао да повуче тужбу и суд није могао да врши ту никакву контролу.²⁰

За доктрину такво начело диспозиције било је неспорно израз приватне аутономије у материјалном праву и нужност обликовања парничног поступка сходно њој.²¹ Граница начела диспозиције у погледу располагања предметом спора, због своје корелације са материјалноправним овлашћењима била је заправо потврда основне мисли, а то је обезбеђивање страначке слободе у поступку у истим оквирима у којима постоји њихова слобода ван поступка.²² (..)

Чак и за *Камхија* који је заступао социјалистичко схватање поступка начело диспозиције је било ван спора. Ипак његово образложење и овог начела је било идеолошко, нарочито у образложењу граница располагања, где је била по среди „класична методологија“ социјалистичке теорије. Он апострофира различитост социјалистичког начела диспозиције у односу на „буржоаско“ у том смислу да у првом постоје јасне границе располагања предметом спора, а у другом не.²³ *Камхију* се не може приписати необавештеност у погледу „буржоаских“ система, у којима и у то време границе располагања предметом спора постоје као саморазумљиве и без одговарајуће редакције закона.²⁴ На крају, и сама предратна доктрина која је следила аустријску није другачије резоновала.²⁵

¹⁸ Владајуће учење, уместо свих *Трива/Белајец/Дика*⁶, 105/106; супротно једино *М. Марковић*, ГПП I/2, 192.

¹⁹ Наведене границе располагања су биле различите током времена. Од почетне забране располагања противно принудним прописима о управљању и располагању друштвеном имовином и другим принудним прописима, међународним уговорима и јавном моралу (чл. 3 ст. 3 ЗПП 56), преко забране располагања противно принудним прописима о самоуправним правима радних људи, о располагању друштвеним средствима и другим принудним прописима, правилима морала самоуправног социјалистичког друштва (изворни чл. 3 ст. 3 ЗПП 76), до забране располагањима противно принудним прописима, јавном поретку и моралу (чл. 3 ст. 3 ЗПП 76 новелиран 1998. г.).

²⁰ Супротно, за поједине кризне ситуације су неки сматрали да суд може и да не уважи повлачење тужбе и када су испуњене претпоставке за то; тако *Ј. Салма* Гласник АКВ 10/1981, 7 (22) у случају када постоје услови за примену, саме по себи спорне санкције из чл. 104 ст. 2 ЗОО. Критички против *Трива* у: ГПП у пракси, 116 (132).

²¹ *Џуља*, ГПП ФНРЈ, 71; *Познић/Ракић-Водинелић*¹⁵, т. 238; *Трива/Белајец/Дика*⁶, 90, 99, нарочито 12: „грађанскоправна и процесноправна овлашћења представљају лице и наличје једног истог друштвеног феномена“; *Грубшиа* ОДВ 1961, 305 (307); *Рајовић* ПЖ 5-6/1960, (7).

²² Уп. *М. Марковић*, ГПП I/1, 72 и след.; *Џуља*, ГПП ФНРЈ, 71; *Познић*, т. 243, 246; *Трива*, ГПП I²; *Трива/Белајец/Дика*⁶, 99; *Чалија* ГСа XIV (1966), 147 (167 и след.); *Рајовић* ПЖ 5-6/1960, 1 (6); *Ракић*, 9/10.

²³ Уп. *Камхи*, ГСП³, 150 и след.

²⁴ На тај аспект поимања „буржоаских“ закона указује доста касније и *Трива* у: ГПП у пракси, 116 (133).

²⁵ Уп. *Џуља*, ГПП КЈ, 598.

2. Прикупљање процесног материјала

С обзиром на тему рада о схватању начела које је важило посебно се говори у наставку. На овом месту ће се изложити само одредбе које се односе на прикупљање процесног материјала и њихово догматичко схватање.

У низу одредаба се наглашава дужност странака да изнесу потребне чињенице и да предложе доказе о њима (чл. 6 ст. 2, 208, 288 ст. 1 ЗПП 56, одн. чл. 7 ст. 2, 219, 299 ст. 1 ЗПП 76). Исто тако, одређено је прилично јасно када постоји потреба за доказивањем: само спорне чињенице се доказују, док признате улазе директно у чињенични супстрат пресуде без испитивања истинитости (чл. 210 ст. 1 ЗПП 56, одн. чл. 221 ст. 1 ЗПП 76; *arg.* чл. 6 ст. 1 ЗПП 56, одн. чл. 7 ст. 1 ЗПП 76); потврда тога је била и одредба о доказном решењу по којој се у њему има назначити спорна чињеница која се доказује (чл. 289 ст. 1 ЗПП 56, одн. чл. 300 ст. 1 ЗПП 76). Изузеци од класичних правила расправног начела су били предвиђени и везивали су се за сумњу у погледу недозвољених располагања. Тада би суд могао да утврђује и чињенице које странке нису изнеле (чл. 6 ст. 4 ЗПП 56, одн. чл. 7 ст. 4 ЗПП 76), односно не би био везан признањем тврдњи (чл. 210 ст. 1 *in fine* ЗПП 56, одн. чл. 221 ст. 1 *in fine* ЗПП 76). У погледу доказне иницијативе уопште, предвиђен је био изузетак: суд је могао да изведе и доказе које странке нису предложиле уколико су ти докази били од значаја за одлучивање (чл. 6 ст. 3 ЗПП 56, одн. чл. 7 ст. 3 ЗПП 76). Активна улога суда у прикупљању процесног материјала – дужности питања – је била предвиђена, посредно или непосредно, на више места. Пре свега у општој одредби која је готово била идентична са § 246 Грпп, по којој суд има да се стара да се на главној расправи постављањем питања и на други целисходан начин у току главне расправе изнесу све одлучне чињенице, да се допуне непотпуни наводи странака о важним чињеницама, да се означе или допуне доказна средства која се односе на наводе странака, и уопште да се пружи сва разјашњења потребна да би се утврдило чињенично стање важно за одлуку (чл. 287 ЗПП 56, одн. чл. 298 ЗПП 76). На нешто посреднији начин, али изражавајући исту мисао, „председник већа на главној расправи испитује странке“ (чл. 300 ст. 1 ЗПП 56, одн. чл. 311 ст. 1 ЗПП 76). За припремно рочиште је било предвиђено да ће по потреби председник већа затражити од странака разјашњење њихових навода и предлога (чл. 276 ст. 2 ЗПП 56, одн. чл. 287 ст. 1 ЗПП 76). Уз то, као и у предратном праву превиђена је била могућност тзв. информативног саслушања странака: суд може да позове странку која има пуномоћника да се пред судом лично изјасни о чињеницама које је потребно утврдити (чл. 82 ст. 1 ЗПП 56, одн. чл. 89 ст. 1 ЗПП 76). На крају, читав концепт главне расправе је био замишљен тако да суд руководи њом, па тако он (председник већа) има дужност да се стара да се предмет свестрано претресе, али да се услед тога поступак не одуговлачи, тако да се расправа по могућности доврши на једном рочишту (чл. 300 ст. 2 ЗПП 56, одн. чл. 311 ст. 2 ЗПП 76). Расправа би се закључила када суд сматра да је предмет тако расправљен да се може донети одлука (чл. 293 ст. 1 ЗПП 56, одн. чл. 304 ст. 1 ЗПП 76).

Цитиране одредбе су се једнодушно схватале у правцу инхибиторног дејства у односу на суд. Он није могао да утврђује чињенице које странке нису навеле. Овлашћења (и дужности) суда која је имао у оквиру материјалног управљања парницом у ово правило нису дирала; суд је једино могао да пита странке, а преко тога није смео да иде, односно није могао да надомести наводе странака.²⁶ Ни извођењем доказа по сл. дужности суд није могао да истражује чињенице које странке нису навеле.²⁷ Све ово није важило за случајеве недозвољених диспозиција, као и за поступке у којима нису важила наведена правила (брачни спорови, касније породичноправни спорови).

У погледу утврђивања чињеничног стања доказивањем, неспорно је било да и суд има овлашћење да изводи доказе које странке нису предложиле. Међутим, суд је и у таквој активности био ограничен вољом странака. Као што је речено, општа граница потребе доказивања одређивала је могућност инквизиторног деловања суда, па уколико су чињенице биле неспорне, оно је отпадало.²⁸ Надовезујући се на речено, признање тврдњи је водило непотребности доказивања. Уз то, ограничење је постојало и у виду предујма трошкова: и за доказивање *ex offio* је било потребно да странке предујме трошкове, па ако то не би учиниле, суд не би могао да изведе доказ.²⁹ Изузетак је (опет) била сумња у недозвољена располагања, када признање тврдњи више није имало наведено дејство, као ни механизам предујма трошкова.

При свему изложеном треба истаћи, иако је то било помало занемарено у тадашњој литератури, ограничење важења правила о везаности суда тврдњама странака. ЗПП 56 је преузео из Грпп и дужност казивања истине; странке и њихови заступници су били дужни да пред судом говоре истину (чл. 8 ЗПП 56, одн. чл. 9 ЗПП 76).³⁰

3. Такозвано начело материјалне истине

Једно од најважнијих компонената система ЗПП 56/76 је представљало начело материјалне истине. Оно се као такво већ и пре доношења ЗПП 56 инаугурисало, а након тога се неизоставно убрајало у каталог начела поступка. За разумевање доктрине и праксе поводом питања расправног начела, али и уопште функционисања југословенског модела поступка, нужно је исцрпије реконструисати „начело материјалне истине“. С друге стране, и за разумевање

²⁶ М. Марковић, ГПП I/1, 83 и след.; Рајовић ПЖ 5-6/1960, 1 (8); Грубиша ОДВ 1961, 305 (309); Цуља у: Цуља/Трива, Коментар I, 25; Чалија ГСа XX (1972), 183 (194); Бачић у: Познић/Вражалић/Бачић, т. 4 уз чл. 288; Старовић/Кеча³, 122.

²⁷ Јуһарт Правник XII (1957), 202 (206); Чалија ГСа XX (1972), 183 (195); Грубиша ОДВ 1961, 305 (310 и след.); Рајовић ПЖ 5-6/1960, 1 (8/9); уп. Трива ЗбоЗГ 7 (1957), 314 (316); Цуља у: Цуља/Трива, Коментар I, 24.

²⁸ Рајовић ПЖ 5-6/1960, 1 (9); Грубиша ОДВ 1961, 305 (310).

²⁹ М. Марковић, ГПП I/1, 118; Познић, Коментар, 28; Чалија ГСа XX (1972), 183 (195); Трива/Белајец/Дика⁶, 135, 143; Старовић/Кеча³, 123.

³⁰ Уп. Познић у: Познић/Вражалић/Бачић, бр. 2 уз чл. 8; Маркићевић, Поштење и савесност, 128 и след., 132/133; М. Марковић, ГПП I/1, 117.

садашњег стања, с обзиром да је реформа парничног поступка заснована управо на идеји напуштања овог начела, тако нешто је неопходно.

А. Уводне напомене и уопштена реконструкција моделског начела материјалне истине

Узелчево истраживање³¹ је показало сву комплексност концепта материјалне истине, у првом реду филозофске природе, али исто тако и нејасноћу и незаокруженост теорије тог времена. То би могло да чуди управо спрам напред реченог – оно је било незаобилазни појам и концепт. Но, са констатацијом *Узелаца* се треба сложити, а потврда јесте и увид у литературу тог времена.

С једне стране начело материјалне истине се везивало за традиционални оквир разликовања „типова истине“ – на метод оцене доказа.³² С друге стране, и преко тога, начело материјалне истине се поимало у догматичком смислу у кривичноправном маниру. То је нужност утврђивања чињеничног стања које ће у потпуности одговарати историјском догађају који је повод спора. Тако схватано, начело материјалне истине подразумева да суд није везан никаквим „штетним формама“ које би угрозило долазак до истине.³³ Према томе, принципијелно суд не би требао да буде везан страначком вољом или држањем: нити је ограничен тврдњама странака и доказним предлозима, нити је везан признањем тврдњи.³⁴ Види се, дакле, да начело материјалне истине није ништа друго до моделско истражно начело.

Оправдање овако схваћеног начела материјалне истине је у његовој инструменталној функцији. Оно је незаобилазни инструмент остваривања „начела законитости“, које се у то време такође формирало, засигурно под утицајем совјетске науке. Начело законитости је, у овој компоненти, само израз циља поступка; оно подразумева да је циљ „законита пресуда“, дакле само она која спрам своје садржине одговара ванпроцесном материјалноправном стању. Само је тада испуњен циљ поступка, који је, ако не као примарни, онда свакако равноправни, заштита објективног правног поретка. У складу са тим, приципијелно страначка воља је ирелевантна, јер је она противуречна самом начелу.

Б. Начело материјалне истине као важеће начело у ЗПП 56/76

а) Начелно одређење

Начело материјалне истине је било у готово целокупној доктрини уврштено у каталог начела поступка, а у једном делу и као врховно. У првим годинама након Другог светског рата, па и након ЗПП 56, тај део доктрине је био под снажним

³¹ *Узелац*, Истина, *passim*.

³² Уп. *Цуља*, ГПП ФНРЈ, 99 и след.; *М. Марковић*, ГПП I/1, 104 и след. Критички у погледу везивања појмова материјална и формална истина за метод оцене доказа *Грубиша* ОДВ 1961, 305 (315 и след.).

³³ У том смислу *Грубиша* ОДВ 1961, 305 (316 и след.). За такву реконструкцију исцрпно *Узелац*, Истина, 158 и след.

³⁴ Репрезентативно *Камхи*, ГСП³, 147; слично и *М. Јанковић* у: *М. Јанковић и др.*, Коментар³, 19.

утицајем совјетске науке, у којој је начело материјалне истине централно. Утврђење материјалне истине је тако израсло у дужност суда, која је тесно повезана са идеолошки импрегнираним циљем поступка.³⁵ Нормативна подлога начела, његов *sedes matarie*, је представљала начелна одредба чл. 6 ст. 1 ЗПП 56, одн. чл. 7 ст. 1 ЗПП 76, по којој је суд био дужан да потпуно и истинито утврди спорне чињенице од којих зависи основаност захтева. Зачуђујуће, осим ове одредбе, ако се изузме одредба о доказивању по сл. дужности (чл. 6 ст. 3 ЗПП 56, одн. чл. 7 ст. 3 ЗПП 76), у целом тексту закона нема више спомена о истини и дужности суда да је утврђује. И цитирана одредба је међутим сама била вишеструко ограничена. При важењу правила расправног начела, а и из њене редакције, дужност суда је била ограничена на спорне чињенице. То ипак није спутавао формирање и одржавање овог начела све до престанка важења ЗПП 76.

Полазећи од неспорног моделског појма начела, доктрина није у погледу става о његовом важењу била јединствена. Од његове негације, преко резервисаности, па све до признавања важења показује се шароликост ставова. Оно што је битно јесте да се из схватања доктрине покаже да начело материјалне истине у ЗПП 56/76 за доктрину није било неупитни концепт, како би се данас могло закључити стигматизовањем тадашњег поступка као инквизиторног поступка. *Узелчево* истраживање иако је било према самим његовим наводима фокусирано на намеран одабир екстремнијих ставова, показало је и постојање одабраних умерених ставова.³⁶ Надовезујући се на то овде треба у потпуности навести и умереније ставове, који у закључку дају можда и другачију слику теорије од оне која се данас приказује.

aa) Начело материјалне истине као врховно начело

Део теорије је признавао начело материјалне истине, не само као важеће начело, већ као врховно начело. Ради се пре свега о ауторима који су писали или пре доношења ЗПП 56, или непосредно након њега; уз то, ради се ставовима који су највише били идеолошки аргументовани и били су у складу са једним од назјанајних метода социјалистичке науке у виду поређења са „буржоаском“ теоријом. Без сумње је *Камхи* најрепрезентативнији заступник овог правца. За њега је начело материјалне истине у ЗПП 56 врховно начело коме су подређена сва друга начела поступка; уколико неко од њих дође у сукоб са начелом материјалне истине оно има, по правилу, да устукне пред њим.³⁷ И у буржоаском поступку је руководно начело материјалне истине, али је његова примена ослабљена уступцима другим начелима чија је примена условљена сврхом буржоаског правосуђа.³⁸ Разлика у односу на буржоаско поимање начела материјалне истине је двострука код *Камхија*. Прво, то је филозофско исходиште, јер буржоаска наука полази од идеалистичких

³⁵ *Камхи*, ГСП³, 145.

³⁶ *Истина*, 155.

³⁷ ГСП³, 145; исто већ у ГСП, 90 и след.

³⁸ ГСП³, 146. Сврха „буржоаског“ правосуђа је свакако и за *Камхија* израбљивање радничке класе и очување капиталистичких односа; СГП³, 68 и след.

позиција у филозофији, па је зато истина увек релативна и да је ограничене могућности и способности људског ума никада неће спознати. Супротно, социјалистичка наука полазећи од схватања дијалектичког материјализма и материјалистичке филозофије, сматра да је истина апсолутна и да ју је могуће утврдити и у друштвеним односима. Друго, буржоаско схватање прави одсечну разлику у начелу материјалне истине кривичног поступка у односу на парнични, и сходно томе нема идентитета. Разлог за то је другчије поимање задатака поступака, што се враћа на питање природе материјалних права и разликовања јавног и приватног интереса. Управо због тога је и у парници могуће да се судови задовоље привидном, формалном истином. Напротив, за социјалистичку науку не постоји разлика између јавног и приватног интереса, па је социјалистичка држава подједнако заинтересована да материјална истина дође до изражаја и победи, како у кривичном, тако и у парничном поступку.³⁹ Према томе, чак и да постоје разлике два поступка – пре свега у виду „начела диспозиције“ – разлике у схватању начела материјалне истине нема.⁴⁰

На овакво схватање се умногоме *Чалија* наслања, и прати основне тезе. Тако и за њега важи материјалистичко схватање о могућности сазнања истине,⁴¹ односно у социјалистичкој науци и законодавству нема разлике између кривичном и парничног поступка у контексту начела материјалне истине.⁴² То већ није могуће због непостојања разликовања јавних и приватних интереса, а нарочито због тога што наводна разлика у виду владавине воље странака у парничном поступку не постоји. Јер, по *Чалији*, такав приступ је израз индивидуализма и либерализма карактеристичног за буржоаско уређење, што је свакако неприхватљиво.⁴³ Штавише, он констатује да се и идеја о аутономији воље у грађанском праву помало сели у „музеј правних инструмената“.⁴⁴ Све то је подлога тезе да је начело материјалне истине основно начело „савременог парничног поступка“. Сва нормативна ограничења не дирају у овај принцип.

Цуља такође заступа схватање да је начело материјалне истине основно начело у ЗПП 56.

бб) Умерена струја

За разлику од наведеног схватања, део доктрине – и то далеко најутицајнији аутори, пре свих *Познић* и *Трива* – био је знатно умеренији. И поред признавања постојања начела материјалне истине као начела поступка, изричито се наглашава његова релативност и ограничења која су присутна у закону. Тако *Познић* истиче да низ ограничења, пре свега путем важења расправне максиме, чине начело

³⁹ ГСП³, 146.

⁴⁰ ГСП³, 147.

⁴¹ Слободна оцена доказа, 50/51.

⁴² Уп. ГСа XIV (1966), 147 (166), с тим да на овом месту управо ограничава „дужност суда да утврди истину“ на спорне чињенице, и неспорне од којих зависи примена принудних правних норми.

⁴³ Слободна оцена доказа, 17, 26.

⁴⁴ Слободна оцена доказа, 18.

материјалне истине различитим од одговарајућег начела у кривичном поступку.⁴⁵ Уз то, напомиње и реалност, а то је да и ван случајева ограничења је могуће да чињенично стање не одговара стварном стању. На крају, сасвим супротно од идеолошког схватања о доступности и свакодобне нужности сазнања истине у парничном поступку, начело материјалне истине изричито не схвата да оно увек доводи до јасног одговора на питање истинитости предмета доказивања, тј. да је *non liquet* могућ и допуштен; тада треба применити правила о објективном терету доказивања.⁴⁶ *Трива* иде и даље, па класично начело материјалне истине преобликује у начело тражења истине. У таквој концепцији се губи традиционални приступ питању истине; суштина је начин сазнавања истине и поштовање процесних одредаба која у себи садрже и правила логике, општег животног искуства, психологије и др. Одредбу чл. 6 ст. 1 ЗПП 56, одн. чл. 7 ст. 1 ЗПП 76 *Трива* не схвата као дужност да се утврди истина као таква, већ је то методолошки налог да се суд „у својим активностима руководи *методама* за које савремено искуство, наука и пракса показују да су најприкладнији за постизање момента апсолутне истине“; истинито утврђење из цитираних одредаба није придев, већ прилог.⁴⁷ Отуда је код њега начело *тражења* истине, где је основни проблем метод, па и питање метода оцене доказа је примарно питање. На крају, уз иманентна ограничења тражењу истине у одредбама ЗПП 56/76, за *Триву* његово начело тражења истине нема апсолутни примат, већ је оно напротив само једно од инструменталних начела; оно је као и свако друго подвргнуто општем правилу о ограничавању и компромису кад комплексни захтеви правне заштите траже његово жртвовање.⁴⁸ На крају, до истог закључка долази и *Кеча*, када закључује да „начело материјалне истине ипак није најдоминантније и највредније начело парничног поступка коме би се априорно супротстављала одређена начела и установе које представљају израз тих начела“.⁴⁹

вв) Негација начела материјалне истине.

На крају излагања о правцима доктрине у погледу овог начела стоје они који су суштински негирали његову квалификацију као *начела* ЗПП 56/76, дакле они који су негирали његово постојање. У познатом раду у којем „разорно“ критикује *Џуљин* став о постојању начела материјалне истине у ЗПП 56, *Грубиша* долази до закључка

⁴⁵ Коментар 29. Уп. већ *Познић* у: *Познић/Вражалић/Бачић*, т. 1 и след. уз чл. 6; *М. Јанковић* у: *М. Јанковић и др.*, Коментар³, 19.

⁴⁶ *Познић*, т. 320; *Познић/Ракић-Водинелић*¹⁵, т. 417. Нема сумње да је наглашавање могућности *non liquet* ситуације у парничном поступку у којем важи начело истине управо на месту на којем се оно разматра било „провоцирано“ схватањем праксе, пре свега *ВСМ ЗСО I/1-1956-152*, да су *non liquet* и пресуђење на основу терета доказивања заправо забрањени у поступку где је суд „дужан да истинито и потпуно утврди спорне чињенице“.

⁴⁷ ГПП I², 122; *Трива/Белајец/Дика*⁶, 127. Ову тезу очигледно следи и *Старовић*; уп. *Старовић/Кеча*³, 128/129.

⁴⁸ ГПП I² 128/129; *Трива/Белајец/Дика*, ГППП⁶ 133. О реконструкцији *Тривиног* схватања, и у филозофским аспектима, уп. *Узелац*, *Истина* 169 и след.

⁴⁹ Судско поравнање, 38.

да оно не постоји. Као кривичар по вокацији, али показало се и врстан грађански процесуалиста, полази од принципа материјалне истине у моделском смислу, што је ништа друго до истражно начело, па закључује да кроз важење правила расправне максиме он и не важи. Истраживање чињеничног стања по сл. дужности је заиста предвиђено у ЗПП 56, али то су изузеци (опасност од недозвољених диспозиција; брачни спорови), који на крају само потврђују правило; однос правило-изузетак се не може обрнути тако да се из изузетка гради начело, што је основна критика *Џуље*.⁵⁰ Помало јеретички у то време, *Грубшица* се наслања на предратну србијанску доктрину, па констатује да и у ЗПП 56 важи принцип једне савршеније формалне истине.⁵¹ С друге стране, иако не тако изричито, *М. Марковић* негира начело материјалне истине као важеће. Наиме, ако се пажљиво прати његов ток мисли, и уопште приступ начелима ЗПП 56, види се да он претходно начела у потпуности моделски дефинише, па тек онда испитује позитивноправно стање спрам њих. Стога када говори о начелу материјалне истине, закључује да тамо где су у питању искључиви приватни интереси парничара, границе утврђивања материјалне истине ће се повући знатно уже. Уз то, цео овај закључак прати мисао о релативности концепта материјалне истине као у кривичном поступку, као и чисто функционалном карактеру истине, који се не везује за остваривање објективног правног поретка, већ обрнуто, циљ конкретне парнице је остваривање субјективних права.⁵²

б) Вредносни аспект: тежња/оријентација ка проналажењу истине

Не може се спорити да целокупна доктрина која је признавала начело материјалне истине није била свесна његовог нормативног ограничења, што се види и из кључног проблема оправдања расправног начела (или његове доминантности), о чему ће бити касније више речи. За концепт материјалне истине је можда и значајнија вредносна оријентација која је била позадина самог система ЗПП 56/76. Наиме, како је у старту због важења правила расправног начела мисао о материјалној истини као максими садржински идентичној кривичном поступку било немогуће одбранити, а показаће се, за то није ни било поборника, начело материјалне истине се трансформисало у концепт тежње ка проналажењу истине у оквирима расправног начела.

У првом реду израз тако схваћеног начела материјалне истине је било материјално управљање парницом од стране суда у виду дужности питања. Циљ ове активности суда је било – за већину – утврђивање материјалне истине. Међутим, за кључно разумевање система ЗПП 56/76 активизам суда у овом облику није пресудан. Наиме, овако схваћена „дужност“ суда да утврђује материјалну истину, па и уз извођење доказа по сл. дужности очигледно није било откриће социјалистичке доктрине, за шта је најбољи пример аГрпп. Отуда се оријентација ка материјалној

⁵⁰ ОДВ 1961, 305 и след.

⁵¹ ОДВ 1961, 305 (319).

⁵² ГПП I/1, 118.

истини суштински показивала на одступањима од предратног концепта. Радило се о захватима који су требали да одстране штетне „форме“ по материјалну истину буржоаских поступака. Центар пажње су биле преклузије чињеничних навода и доказних предлога, како у првостепеном поступку, тако и у другостепеном.

Из предратног поступка је преузет концепт јединства главне расправе, тј. непостојање евентуалне максиме. Стога је, баш као и у Грпп, било омогућено изношење навода и постављање доказних предлога све до закључења главне расправе. Међутим, као пресудна карактеристика новог система издваја се укидање било какве могућности да се не уважи закасни процесни материјал током првостепеног поступка – преклузије током првостепеног поступка нису постојале. С друге стране, у потпуности је напуштен концепт предратног другостепеног поступка, јер су новоте биле неограничено допуштене. Истицање новота би увек представљало „погрешно или непотпуно чињенично стање“, па би се пресуда укидала. Стога су не само нове чињеничне тврдње и докази били допуштени, већ и опозив признања тврдњи и приговор застарелости⁵³ као изјава воље странке. Овај нов концепт је био без сумње израз „начела материјалне истине“ схваћеног у вредносном смислу. Он је требао да омогући утврђивање материјалне истине, односно он је требао да обезбеди исправно/законито пресуђење.⁵⁴ Исто тако, без сумње се може закључити да је овакав концепт био нужно идеолошки условљен.⁵⁵ Сваљивање одговорности на странке било је противно „начелу материјалне истине“ и имало је призив предратног права које није у свему поштовало такво начело. У том смислу би био парадигматичан закључак *Камхија* да се са таквим укидањем баријера проналажења материјалне истине југословенски поступак уздигао „у ред модерних и по својој садржини изразито социјалистичких института нашег правног система“, ⁵⁶ односно да је оно „моћно средство за утврђивање истине и у том погледу се показује велики напредак у афирмирању овог начела у односу на Грпп“. ⁵⁷ Но, за прави домашјај новог уређења је можда значајније *Цуљино* образложење нужности заокрета у односу на предратно право које и нема изричит идеолошки призив, већ концепцијски. По њему је аустријско решење забране новота у жалби (тј. призиву) само субјективно испитивање побијаних одлука, што није довољно, јер

у парници није важна та формална или субјективна исправност нападнute одлуке. У правним лековима се не суди првостепеним суцима нити се испитује њихова кривица, већ се ради о томе, да се донесе нова одлука, која ће и *објективно* бити исправнија од нападнute одлуке. А за постигнуће тог циља треба узети у обзир не само оне чињенице и доказе, који су стајали на располагању првостепеном суду, него и све чињенице и доказе, до којих може доћи другостепени судија. С обзиром

⁵³ ВСХЗСО IV/3-1959-407.

⁵⁴ *Камхи*, СГП³, 149 и след.; *М. Марковић*, ГПП I/1, 127: „превага начела материјалне истине над начелом концентрације“; *Бачић* у: *Познић/Вражалић/Бачић*, т. 1 уз чл. 341; *Трива/Белајец/Дика*⁶, 132; *Чалија* ГСа XIV (1966), 147 (166); *Цуља*, ГПП ФНРЈ, 429, 520; *Д. Петровић* у: *М. Јанковић и др.*, Коментар³, 371.

⁵⁵ Тако и *Uzelac* in: *Beschleunigung*, 67 (90).

⁵⁶ СГП³, 149.

⁵⁷ СГП³, 149/150.

на то бољи је систем, по којем се у правном лијеку допуштају нове чињенице и нови докази (истицање аутора).⁵⁸

Са таквим образложењем, које и одговара систему који је успостављен, изражава се нешто што је кључно за разумевање целокупног модела југословенског поступка. Наиме, са ових захватом је пресудно напуштен *Клајнов* модел поступка, а усудићемо се да кажемо и његово схватање поступка. Његова мисао о концентрисаном првостепеном поступку у којем постоји паралелно одговорност странака и суда у погледу прикупљања процесног материјала је негирана. Идеја о правном леку против првостепене пресуде поводом кога се неће контролисати стварност, већ (првостепени) поступак⁵⁹ је управо обрнута у систему ЗПП 56/76. Једноставно, странке не сnose суштинску одговорност, јер могу и поред свих настојања суда да изнесу процесни материјал тек у жалби, и то без последица у смислу исхода спора. Колико је овај израз „начела материјалне истине“ утицао на идеју ублаженог расправног начела и уопште функционисање поступка изложићемо у критичкој оцени овог система. Овде је довољно да се истакне да је изричито напуштена једна од основних поставки *Клајна*, која се нажалост у тадашњој југословенској доктрини и није спомињала. Због тога се и очувала мисао да је систем ЗПП 56/76 остало веран његовом схватању поступка, штавише да га је „унапредио“.

в) Начело материјалне истине у пракси

У пракси се начело материјалне истине спомињало у различитим контекстима, па и као дужност да се утврди истина и поред става да постоји *non liquet*.⁶⁰ Оно што је значајно истаћи јесте да се оно везивало за чл. 6 ЗПП 56, одн. чл 7 ЗПП и његову редакцију, али без даљег продубљивања.⁶¹ Међутим, за слику принципа материјалне истине би био репрезентативан став *Опште седнице СВС* на почетку важења ЗПП 56, када се он ставља у много шири контекст.

Ново процесно законодавство ФНРЈ изграђено је на принципима материјалне истине и материјалног легалитета (чл. 1, 9, 10 ЗКП, чл. 2, 3, 6, 7 ЗПП, чл. 4, 6 ЗУП). Принцип легалитета посебно је озакоњен још и у чл. 3 ЗС. Ови принципи, с обзиром на њихов значај, преобладајући су у односу на друге принципе процесног права, те се од њих може одступити у корист других принципа процесног права само у случају када је то законом изричито прописано.⁶²

На овом примеру се види оно што је присутно и у већинском делу доктрине, а то је признавање начела, које додуше може да буде ограничено правилима која су израз других начела. Тако је у неким кризним ситуацијама пракса и образлагала „одступање од начела материјалне истине“, што су били случајеви тоталне пасивности странке у смислу предлагања доказа, или неполагање предујма

⁵⁸ ГПП ФНРЈ, 520/521

⁵⁹ В. горе § 12 VI 1 А фн. 130.

⁶⁰ Уп. *ВСВ* Рев 84/90 Гласник АКВ 7-8/1990, 54 = СП 6/1990-95.

⁶¹ *ОС СВС* ЗСО III/2-1958-XVI; *ВСЈ* ЗСО X/3-1965-324; *СВС* ЗСО VI/3-1961-235.

⁶² *ОС СВС* ЗСО III/2-1958-XVI.

трошкова доказивања; аргументација је недвосмислено била у правцу „примата“ слободе и одговорности странака.

На крају, у контексту допуштања новота треба истаћи праксу која је потврђивала речену оцену вредносног израза начела материјалне истине. Мисао о материјалној истини је била подлога за лабаво тумачење и иначе либералног приступа новотама у жалби. Наиме, нове чињеничне тврдње као новоте су морале синхронно са понудом доказа да уследе да би биле дозвољене (чл. 341 ст. 1 ЗПП 56, одн. чл. 352 ст. 1 ЗПП 76). Ипак, за праксу је примат имао врховни принцип материјалне истине, па је и сама нова тврдња, без понуде и спомињања доказа, била допуштена и водила је укидању пресуде.⁶³ Исто тако, неприлагање новог доказа (исправе), већ само позивање на њега, довољно је било да се укине пресуда; образложење *ВСЈ* је, може се рећи, репрезентативно.

[У] сваком случају пропуст да се докази презентирају у току првостепеног поступка не може деловати у правцу могућности пресуђења противно начелу материјалне истине садржаном у чл. 6 ЗПП [ЗПП 56]. Пропуст благовременог изношења доказа може имати значаја за накнаду парничних трошкова или може повлачити казну због злоупотребе процесних права, али не може утицати на ваљано утврђење одлучних чињеница уколико је отклоњен, макар и у жалби на првостепену пресуду.⁶⁴

4. Контумациони систем

Један од показатеља кључне разлике у односу на совјетски модел, тиме и додатна релативизација начела материјалне истине у моделском смислу, представљао је контумациони систем. Од почетног негирања ове установе у новом систему, већ и пре ЗПП 56 се признала његова пожељност и важење; Законом за убрзање парничног поступка пред редовним судовима из 1955. г. пресуда због изостанка је била изричито предвиђена, а ЗПП 56 је преузео такав концепт.

Пресуда због изостанка се доносила против туженог у случају да он не оспори тужбени захтев – нити поднеском пре првог рочишта, нити на њему. Тврдње тужиоца су чиниле једину подлогу за пресуђење, али је, као и у предратном праву, изричито предвиђен и услов везаности суда за тврдње тужиоца: оне нису смеле да буду противне ноторним чињеницама, или већ приложеним доказима. Уз то, пресуда због изостанка се доносила само ако је тужба била конклузивна, и то у оба вида. Овакво уређење се претежно теоријски образлагало концепцијом о прећутном признању тврдњи,⁶⁵ што је подразумевало свакако да се искључује судијско

⁶³ *ВСЈ* ЗСО Х/3-1965-325; ЗСО IX/3-1964-405; *ВСХ* ПСП 36-1988-103 = СП 9/1988-107. Са овим се и *Познић* слагао, док је критички против наведеног схватања праксе био *Кеча*, са захтевом за обезбеђивање минимума процесне дисциплине; *Познић*, Коментар, 890/891; *Кеча*, Редовни правни лекови, 219.

⁶⁴ *ВСЈ* ЗСО Х/3-1965-324. *Познић*, Коментар, 890/891 иде и даље, па сматра да у случају да се наведе само нов доказ, без означења доказне теме, пресуда треба да се укине и да првостепени суд у новом поступку разјасни на коју се чињеничну тврдњу односи нов доказ.

⁶⁵ *Познић*, Коментар, 776; *Трива/Белајец/Дика*⁶, 497; *Старовић/Кеча*, ГПП³ 365; *Маркићевић* Гласник АКВ 7/1961, 10 (16); *Ђуровић*, 136; *Galič* R. L. R. 27 (2010), 117 (121); *СС* ЗСО XXII-1997-126 = ИСП 10/1998-76; *ВСС* Рев 2873/97 Билтен ВСС 4/1997, 31 = ЗСО XXII-1997-127; *ВСХ* Гж 1048/68 НЗ 22

испитивање истинитости тврдњи.⁶⁶ Неретко се говорило и о важењу афирмативне литисконтестације.⁶⁷

Контумациони систем неспорно је израз слободе и одговорности странака, и у том смислу је представљао „ограничење материјалне истине“.⁶⁸ Међутим, пракса је, делимично и са подршком доктрине, довела до тога да се кроз схватање услова за њено доношење пресуда због изостанка релативизује, и у одређеном смислу маргинализује. Наиме, услов за њено доношење је била тотална пасивност туженог изражена као двоструко неупуштање у спор: изостанак писаног оспоравања и изостанак са рочишта, или неупуштање у расправљање на рочишту. Израђен је став да било каква активност туженог заправо подразумева и оспоравање тужбеног захтева, односно пресудно је било испољавање намере да се упусти у расправљање⁶⁹: од простог прилагања пуномоћи,⁷⁰ преко молбе да се одложи рочиште,⁷¹ приговора месне ненадлежности, до паушалног, али и честог и омиљеног оспоравања кроз фразу „тужени оспорава захтев и по основу и по висини“.⁷² На тај начин се заправо изражавала тенденција ка утврђивању „материјалне истине“: допуштањем таквог оспоравања значило је да нема прећутног признања навода тужбе, и прелазило се на терен доказивања, дакле на терен материјалне истине.

(1968), 420; *ВрхПС* Сл. 614/67 НЗ 22 (1968), 91; *ВСС НС* Гж 1498/65 Гласник АКВ 4/1966, 27; *ВСМ* ЗСО Ш/1-1958-82.

⁶⁶ Уместо свих *Познић* у: *Познић/Вражалић/Бачић*, т. 5 уз чл. 321.

⁶⁷ Тако *Цуља*, ГПП ФНРЈ, 84; *Трива*, ГПП I², 116, 509; *Трива/Белајец/Дика*⁶, 122, 497; *Чалија*, Слободна оцена доказа, 66.

⁶⁸ *Чалија*, Слободна оцена доказа, 66.

⁶⁹ Коментар, 781; *Ђуровић*, 31 и след.; *Трива/Белајец/Дика*, ГППП⁶, 499; уп. *Старовић/Кеча*³, 365.

⁷⁰ *ВСБХ* ЗСО XIV/2-1969-170

⁷¹ *ВСВ* Рев 119/59 Гласник АКВ 4/1960, 29; за даљу идентичну праксу в. код *Познића*, Коментар, 781 фн. 3115.

⁷² У том смислу званична сентенца *ВСС* ЗСО XII/3-1967-361: „[с]ваки одговор на тужбу који не садржи признање тужбеног захтева представља његово признање“; *Познић* у истом смислу закључује да оспоравање не мора да буде образложено; Коментар, 780. Исто и *Ђуровић*, 31.

§ 16 Схватања о важећем начелу ЗПП 56/76 у погледу прикупљања процесног материјала

I. Схватања доктрине о важећем начелу

У данашњем поимању система ЗПП 56/76 присутна су два опречна схватања поводом питања које је начело било важеће. У српској литератури је у великој мери присутна теза да је поступак био инквизиторан, што би требало да значи да је истражно начело било важеће, или доминантно. С друге стране *Галич* истиче да је важило, и то неограничено расправно начело.¹

Нема сумње да је доктрина у време ЗПП 56/76 признавала примат расправног начела, или чак његово важење. Ипак, ближе сагледавање таквих схватања показује – спрам теоријских параметара – доста шароликости. Њих повезује на концепцијском плану негирање важења или преовладавања истражног начела, супротно од *Цуље*. У том смислу се схватања могу поделити на *Цуљино* о примату истражног начела, и сва остала која су то негирала. Питање се односи на став о важећем начелу, без улажења у детаље и појединачна питања; њима ће бити поклоњена пажња у деловима који следе. У сваком случају се показује да доктрина тог времена није давала повода да се данас ЗПП 56/76 означи као инквизиторни модел.

1. Превладавање истражног начела (*Цуља*)

За *Цуљу* није било спорно важење основног питања моделског расправног начела, па није негирао да само странке уносе чињенице у поступак, и да суд и поред своје активности у виду материјалног управљања парницом не може да надомести њихову активност.² Код њега је ипак пресудан однос овлашћења странака и суда у контексту концепције важећег начела. „Комбинацију“ расправног и истражног начела видео је као превладавање истражног начела над расправним. Тако он и поред правила којима се подвлачи расправно начело истиче да водећа улога у поступку, а нарочито у прикупљању и формирању процесног материјала припада суду а не странкама, па је предност дата истражном начелу.³ Своје схватање *Цуља* методолошки аргуентује тако што се уопштено позива на дужност суда да утврди истину. Уз то, он приказује изузетке као правила. Децидно истиче као почетни аргуент за примат истражног начела да се

¹ *Galič* R. L. R. 27 (2010), 117 (121).

² *Цуља* у: *Цуља/Трива*, Коментар I, 25.

³ ГПП ФНРЈ, 86/87: свака странка је дужна да изнесе чињенице у доказе на којима заснива свој захтев, као и чињенице којима побија наводе и доказе противника. „Тиме је подвучено расправно начело као и у поступцима старе либералистичке епохе. Али то *расправно* начело нију и новом поступнику ни искључиво ни премоћно [...]. Превага је, дакле, дата *истражном начелу*“ (курз. аутора).

[с]уд, на име, неће ограничити само на чињенице и доказе, које странке износе, него је дужан свестрано настојати, да се истинито и потпуно утврде све чињенице, које су важне за доношење правилне одлуке (чл. 60, ст. 2 ЗС, чл. 6, ст. 1 и 3 ЗПП [56]).⁴

У прилог томе потом истиче дужност материјалног управљања парницом (чл. 287 ЗПП 56) и информативно саслушање странке (чл. 82 ст. 1 ЗПП 56), али не спомиње, као у Коментару, ограничен дomet ове активности, тј. да се не ради заправо о истражном овлашћењу суда.⁵ Потом наглашава могућност да суд изводи доказе по сл. дужности и поред противљења странака, као и то да суд може да спроведе доказивања не само оспорених чињеница, већ и признатих у случају сумње да се иде за недопуштеним располагањима.⁶ Истом методологијом касније брани став о признању тврдњи као доказном средству, с обзиром да суд може да не прихвати признање у случају сумње да се тиме иде преко граница располагања; таква концепција признања тврдњи је за њега у складу са доктрином социјализма и материјалистичког погледа на свет.⁷

Цуљино схватање заједно са његовим методолошким корацима је оштро критиковао *Грубиша* и чини се на дужи период онемогућио било кога да у систему ЗПП 56 заступа тезу о примату истражног начела. Критика је била разорна и на површину је испливао костур парнице у којем чак и истражна активност суда није и стању да превлада изразе моделског расправног начела. Полазећи од системског погледа на редакцију ЗПП 56, *Грубиша* указује да се дужност утврђивања истине из чл. 6 ст. 1 ЗПП 56 односи само на спорне чињенице; стога овлашћење извођења доказа по сл. дужности може да се односи само на такве чињенице. Разлог за то су друге одредбе, које нигде не предвиђају да суд може утврђивати чињенице које странке нису изнеле, са изузетком недозвољених располагања. У томе он и види методолошку грешку *Цуље* и опасност да се због тога читалац доведе у заблуду. Оно што је изузетак, *Цуља* потенцира као правило. Исто важи и за везаност суда признањем и концепцију признања као доказног средства. Следствено томе *Грубиша* поставља ствари онако како стоје – још увек важи максима *iudex iudicat secundum allegata a partibus*;⁸ извођење доказа по сл. дужности је због реченог – диспозиције странака – јако скучено и има само суплеторни карактер.⁹ Због тога нема говора нити о превладавању истражног начела, нити о његовом „важењу“.

2. Већинска доктрина: негирање важења истражног начела; неуједначеност схватања

Насупрот *Цуљиним* схватању је остатак теорије, којој је заједничко негирање важења истражног начела, или евентуално његовог „примата“. Нормативну подлогу за заузимање таквог става су представљала доста изричита законска одређења; суд

⁴ *Цуља*, ГПП ФНРЈ, 87.

⁵ Уп. *Цуља у Цуља/Трива I*, 25.

⁶ *Цуља*, ГПП ФНРЈ, 87.

⁷ *Цуља*, ГПП ФНРЈ, 326 и след.

⁸ *Грубиша* ОДВ 12/1961, 305 (309).

⁹ *Грубиша* ОДВ 12/1961, 305 (313).

је био везан страначким тврдњама, принципијелно и признањем, па је тако и извођење доказа по сл. дужности опет зависило од странака. Међутим, схватања нису ни изблиза јединствена. На теоријском плану се не може говорити о једном схватању, које би признавало расправно начело. Ова констатација не значи да се негирало правило по којем суд не сме да утврђује чињенице које странке нису изнеле, већ се тиче заузимања става поводом важећег начела. Чини се да је основни проблем био неувиђање разлике између догматичког и нормативног значења појма начело поступка. С обзиром на схватање заузето у овом раду, да може постојати једно начело као важеће са својим јасним именом и садржином, схватање теорије се може поделити на три правца.

Први је онај које и није уопште означило важеће начело, с обзиром да се зауставило на препознавању „важењу“ расправног или истражног начела. Наиме, један од начина за описивање постојећег система кроз начела поступка је био тај да се говорило о конкретизацији једне максиме, и друге њој антиподне, а што је нарочито било присутно за питање расправног или истражног начела. У том смислу се говорило да је расправно начело конкретизовано тако што само странке постављају тврдње, а да је истражна максима конкретизована у виду овлашћења суда да изводи доказе по сл. дужности, као и кроз дужност питања. Или, важи расправно начело за питање тврдњи, а да истражно важи за питање извођења доказа.¹⁰ На крају, исти смисао има и схватање о „комбинацији расправног и истражног начела“, где се пре свега види утицај *Клајновог* схватања.¹¹ За овај правац је, дакле, карактеристично да се уопште и није изјаснио које је важеће начело ЗПП 56/76. Јер, тиме је само речено да у конкретном систему постоје обриси два моделска начела; које заправо важи, или можда неко треће начело важи, није речено.

Други правац доктрине је она која је полазила од расправног начела као важећег. Ту се убраја пре свега *Познић*. За њега важи расправно начело, али додаје да оно трпи изузетке и ублажање.¹² Ограничење, тј. изузетке је он видео у инквизиторном овлашћењу у погледу извођења доказа.¹³ Ублажење је материјално управљање парницом у виду дужности питања,¹⁴ или како је он називао, уводећи тиме и немачку терминологију, дужност расветљавања.¹⁵ Међутим, на концепцијском плану у погледу важећег начела то ништа не мења, јер он не говори о ублаженом расправном начелу као о појму, већ нормативна одступања од чистог расправног начела су оно што су сваки изузеци од важећег начела – одступања која не дирају у постојање максиме. У том смислу је *Познић* на истој линији као и већинска немачка доктрина, јер постојање изузетака не доводи у питање важеће

¹⁰ Уп. *М. Марковић*, ГПП I/1, 83 и след.; доста опрезније *Чалија* ГСа ХХ (1972), 183 (193 и след.).

¹¹ Таква мисао је присутна код *М. Марковића*, ГПП I/1, 82 и след., нарочито спрам истицања да „обзиром целисходности и практичне потребе налажу сарадњу странака и суда у прикупљању процесног материјала“, што је немогуће уколико се инсистира на чистим облицима начела.

¹² *Познић*, т. 247; *исти*, Коментар, 27 и след.; *Познић/Ракић-Водинелић*¹⁵, т. 243 и след.

¹³ Коментар, 27 и след.

¹⁴ Коментар, 29.

¹⁵ *Познић*, т. 248.

начело. На исти начин је резоновала и *М. Јанковић*, с обзиром да је истицала да је „расправно начело утврђено у ЗПП, али са одређеним ограничењима. Та ограничења су, међутим, пре свега резервисана за недозвољене диспозиције странака, када „преовлађују елементи истражног начела“.¹⁶

Трећи правац је онај који је означио важеће начело новим појмом који више нема везе са традиционалним паром расправно и истражно начело. Тако *Јухарт* назива важеће начело заправо „модификованим расправним начелом“,¹⁷ а модификација је без сумње судијска дужност питања. И он је под утицајем *Клајна*,¹⁸ али како се види, не задржава се на комбинацији расправног и истражног начела. На овакво схватање се у одређеној мери, не толико доследно, надовезује *Трива*. Наиме, он заиста полази од тога да се систем ЗПП 56/76 заснивао на комбинацији расправног и истражног начела, али истиче да расправно доминира.¹⁹ Међутим, прави крупан и значајан заокрет, јер касније говори о „модификованом расправном начелу“, а модификација је као и код *Јухарта* – дужност питања.²⁰

II. Сопствено схватање о важећем начелу у ЗПП 56/76

Сходно резултатима досадашњег истраживања у теоретском делу, нема сумње да је важеће начело у ЗПП 56/76 било ублажено расправно начело. Наиме, пре свега су само странке одређивале чињенични оквир, и суд није могао да утврђује чињенице које странке нису изнеле. То није довело у питање ни постојање истражног овлашћења у виду извођења доказа, јер се то односило само на страначке тврдње, а поврх тога на спорне. Дакле, и признање тврдњи је принципијелно везивало суд. Да се радило о ублаженом расправном начелу је јасно спрам расподеле одговорности. Суд је био изричито саодговоран, јер је постојала општа дужност питања, чиме је свакако ублажен како терет тврдње, тако и субјективни терет доказивања. У погледу последњег је кроз овлашћење извођења доказа суд још више постао саодговоран. Према томе, уколико се говори о важећем ублаженом расправном начелу, сходно његовом појму, систем ЗПП 56/76 је заправо предвиђао изузетке, а то је управо извођење доказа по сл. дужности. Но, такав изузетак није био у стању да негира важеће ублаженог расправног начела, и у том смислу није ни могло да се говори о истражном начелу. У том аспекту је, како се види, готово целокупна доктрина била јединствена.

¹⁶ *М. Јанковић* у: *М. Јанковић и др.*, Коментар³, 19.

¹⁷ Уп. *Juhart Pravnik XII* (1957), 202 (207).

¹⁸ Уп. *Juhart Pravnik XII* (1957), 202 (204 и след.).

¹⁹ У том смислу и истиче да је модел комбинације у *Клајновом* систему историјска етапа у решавању проблема, с обзиром на његову релативно хармоничну комбинацију расправног и истражног начела; ГПП I², 135/136.

²⁰ ГПП I², 137; *Трива/Белајец/Дика*⁶, 141.

III. Оправдање важећег начела поступка

Невезано за теоретску неодређеност конкретног начела поступка, у литератури се говорило о оправдању „расправног начела“, али и оправдању његових „изузетака или ублажавања“. С обзиром да је спрам нашег схватања важеће начело ЗПП 56/76 било заправо ублажено расправно начело, у складу са тим ће се изложити аргументација у погледу његовог оправдања. Тезе доктрине оправдању расправног начела, или о важећу правила која су израз расправног начела, односно која су његово конкретизовање, биће систематизоване као оправдање слободе и одговорности странака. Материјално управљање парницом у виду дужности питања, као и извођење доказа по сл. дужности, се односи на оправдање судијске (са)одговорности.

1. Оправдање слободе и одговорности странака

А. Позив на карактер грађанских субјективних права: логичко и/или идеолошко оправдање?

Основна аргументација у погледу оправдања постојања расправног начела, тиме за део литературе његове „доминације“, била је позивање на природу спора. У првом делу рада приликом излагања схватања о оправдању моделског расправног начела, већ је споменуто да је у домаћој доктрини преовладава догматичко оправдање. Већина доктрине у том смислу је управо она која се односила на ЗПП 56/76. Овде треба само укратко поновити све основне тезе. С једне стране, мисао *М. Марковића* коју касније и други преузимају, а то је да би истражно начело у споровима о правима којима странке ван поступка слободно располажу поништило управо такав карактер субјективних права,²¹ јасно потврђује речено. С друге стране, то је видљиво из готово редовног увођења „медијума“ образложења у виду начела диспозиције. Тако је расправно начело заправо „начело диспозиције примењено на прикупљање процесног материјала“, а само начело диспозиције је неспорно за све логична нужност природе субјективних права чија се заштита остварује у парничном поступку. Исто тако, а то је већ на почетку рада речено, добар део литературе је сагледавао правила расправног начела као израз посредног располагања предметом спора. Стављено у контекст питања које се овде разматра, тиме се потврђује основна мисао доктрине о оправдању слободе и одговорности странака. Једноставно, како странке могу да ван поступка располажу својим правима, тако им се то мора обезбедити и у поступку, и то не само путем директних, непосредних диспозиција, већ и путем посредних, што је управо конструкција ублаженог расправног начела. Непостављање тврдњи у том кључу је и називано

²¹ *М. Марковић* ГПП I/1, 82 и след.; *Рајковић* ПЖ 5-6/1960, 1 (16); *Трива/Белајец/Дика*⁶, 139 и след.

располагање процесним материјалом;²² признање тврдњи је исто тако израз располагања које има своје оправдање у природи грађанских субјективних права.²³

Оваквом схватању је свакако ишла у прилог и редакција ЗПП 56/76, која је поставила идентичне границе за располагање предметом спора и располагање идеалним чињеничним стањем. Све док странке не би прелазиле праг недозвољених диспозиција оне су могле да признају или одрекну се од захтева, да не изнесу потребне тврдње или да признају тврдње, чиме је суд био везан. Дакле, јасна је била нит – координација располагања странака са правом да располажу ван поступка.

Крајње непоуздано би било приписивање оваквом оправдању расправног начела, које није ништа друго до „позив на природу спора“ либералне и неолибералне доктрине, и изричито идеолошко оправдање у смислу *Лајполда* – мисао о слободним и одговорним грађанима у односу на државу (суд), односно негативно мисао о забрани туторства државе над појединцем. Тако нешто се у том облику не спомиње. Уколико се и спомиње истражно начело као неприхватљиво, истиче се његов превазиђени историјски мисао. У том смислу се напомињало да истражно начело своди странке на голи објекат поступка, тада оне и нису субјекти поступка. Да је то нетачно приказивање истражног начела, па и као модела, показује везивање таквог истражног начела за пруски ОСП,²⁴ у којем, међутим, странке нису биле објекат поступка, већ суд једино није био везан тврдњама странака и доказним предлозима. То је на крају јасно већ код *Генера*.²⁵

Међутим, одређене тезе могу бити посредно ослонац за закључак да је „позив на природу спора“ имао и правнополитичко оправдање, а не само догматичко. Тако *М. Марковић* инсистирајући да се правила расправног начела поштују због диспозитивне природе грађанских субјективних права – што не искључује дужност питања суда – истиче и то да се суду признаје иницијатива у сакупљању процесног материјала „када *јавни интерес* налаже да се чињенично стање утврди потпуно и истинито“ (курз. *М. К.*).²⁶ Иако би то могло да се тумачи опет као догматичко оправдање, јер када је у игри јавни интерес странке немају право располагања субјективним правима, могло би и да се гледа правнополитички: не постоји јавни интерес да суд својом истражном активношћу интервенише онда када се ради о спору о правима са којима странке могу слободно да располажу. Веома блиска правнополитичка идеја овој, а то су истражна овлашћења као израз интервенције државе у грађанскоправне односе, присутна је у одређеној мери код *Триве*,²⁷ док је *Рајовић* то изричито заступао, и тиме једини отворено оправдавао расправно начело типичним идеолошким аргументима класичног либералног схватања. Тако

²² *М. Марковић*, ГПП I/1, 83; *Рачић*, 98 и след. За *Триву* је и то „посредно располагање“, уп. *Трива*, ГПП I², 100; *Трива/Белајец/Дика*⁶, 106.

²³ *М. Марковић*, ГПП I/1, 78, 85; *Трива/Белајец/Дика*⁶, 137; *Трива у: Цуља/Трива*, Коментар I, 519 и след.; *исти* ЗбоЗГ 10 (1960), 286 (288 и след.).

²⁴ У том смислу *Рајовић* ПЖ 5-6/1960. 1 (2,14).

²⁵ В. горе § 3 I 1.

²⁶ ГПП I/1, 83, 85.

²⁷ Уп. *Трива*, ГПП I², 136; *Трива/Белајец/Дика*⁶, 140.

закључује да би истражно начело у поступку решавања спорова о диспозитивним грађанским субјективним правима значило да би се

држава мешала у оне односе грађана који су и по објективном праву признати као диспозитивни [...] то би значило тотално мешање државе у све поре људског живота. У наше доба постоји низ односа које странке могу, и треба, саме да уређују. Зато им расправно начело представља гаранцију да се држава, преко суда у поступку, у те односе неће мешати.²⁸

Ипак, за дилему да ли је и овакво оправдање поред догматичког и идеолошко, тј. правнополитичко не може се ићи даље од нагађања. За југословенску доктрину је изгледа непознат спор који се води још од XIX века и који управо поново оживљава након Другог светског рата, а који се управо тиче питања догматичког оправдања правила расправног начела. Чак ни *Клајнова* темелна аргументација из *Pro futuro* о негирању такве тезе никада није споменута у доктрини, иако се *Клајн* колико-толико спомињао.²⁹ Утолико је и тачна констатација *Узелца* да *Клајново* учење никада није ни било у потпуности схваћено.³⁰

Супротно схватање од изложеног доминантног, може се рећи стога и изоловано, јесте *Чалијино* који је једини заступао тезу о непостојању идентитета оправдања начела диспозиције и расправне максиме. Са ослонцем на *Розенберга* закључује да је избор између расправног и истражног начела у парничном поступку ствар чисте целисходности, а не диспозитивноправне природе грађанскоправних спорова и незаинтересованости суда да сам прикупља доказни материјал у таквим споровима.³¹ Своју аргументацију гради на критици доминантног схватања које види у расправном начелу примењено начело диспозиције, па тако пребацује пре свега *М. Марковићу* и *Грубиши* да не разликују довољно једно и друго начело, између којих, према њему, нема идентитета оправдања. *Чалија* међутим и сам чини исту грешку, па расправно начело везује само за прикупљање доказног материјала, заборављајући прво правило расправног начела – постављање тврдњи. Много значајније, он на другом месту признање тврдњи, тј. потребу за доказивањем изричито сврстава у начело диспозиције; ту заступа тезу о признању тврдњи као изразу посредног располагања предметом спора, за шта је оправдање диспозитивни карактер субјективних права.³² Стога иако *Чалија* заступа већ тада добро афирмисану тезу о непостојању догматичког оправдања расправног начела, због неисправног схватања самог појма расправног начела доводи свој став до контрадикторности. Јер, ако странке немају право да „располажу истином“ кроз непостављање доказних предлога, како онда имају право да не постављају тврдње

²⁸ ПЖ 5-6/1960, 1 (17).

²⁹ Но, с правом се треба запитати да ли се у том периоду поред *М. Марковића* неко озбиљније бавио *Клајном*, јер када се мало боље погледа, о његовом схватању поступка се говори пре паушално, или с позивом на *Б. Благојевића* или *М. Марковића*.

³⁰ *Uzelac* in: *Entwicklung des Zivilprozesses*, 175 (180), који додуше пре свега мисли на непознавање укупне концепције *Клајна*. Но, непознавање његове основе мисли о непостојању догматичког оправдања („позив на природу спора“) и негирање располагања процесним материјалом је сигурно поуздан показатељ да доктрина није била упозната.

³¹ *Чалија*, Слободна оцена доказа, 41.

³² *Чалија* ГСа XIV (1966), 147 (168).

које и претходе доказивању, а поврх тога имају право да путем признања тврдњи непосредно детерминишу елементе чињеничног стања?

Б. Аргументи целисходности

Поред доминантног и главног оправдања слободе и одговорности странака спрам изложеног, присутно је и тзв. техничко оправдање, које ипак има и призивуке правнополитичког. Прво, због значаја спорне ствари не постоји правнополитичко оправдање да се држава (суд) анагажује да води „истрагу“, насупрот кривичном поступку и његовом значају.³³ У другом смеру техничко оправдање расправног начела се манифестовало у контексту тежње ка утврђивању истине, тј. ка исправном пресуђењу. У основи је широко присутна *Розенбергова* мисао да ће егоизам странака и супротност њихових интереса довести до изношења процесног материјала који ће омогућити исправно пресуђење боље него истрага суда.³⁴ Стога се у техничком смислу правдало расправно начело у контексту обезбеђења ипак правилне пресуде, односно материјалне истине. На исти начин се резоновало и за питање признања тврдњи, јер како се говорило, сопствени интерес странке њој забрањује да призна неистиниту тврдњу противника, па зато треба узети да је признање тврдњи редовно и истинито.³⁵

С обзиром на *Чалијино* супротно схватање, изложена аргументација расправног начела је за њега једина.³⁶

В. Превазилажење противуречности концепта материјалне истине и слободе странака као кључни проблем оправдања

Како је начело материјалне истине у већинској литератури било признато као *начело* поступка, негде као и врховно, као главни задатак доктрине се јављала потреба да се оно одбрани у постојећем систему у којем „преовлађује расправна максима“, односно у најмању руку важе два правила моделског расправног начела – везаност суда за тврдње странака и везаност за признање тврдњи. Међутим, није само расправно начело требало да се уклопи у захтев за материјалном истином, већ је то требало учинити и за начело диспозиције у смислу располагања предметом спора. Јасно је свакако да је између начела материјалне истине и правила начела диспозиције и расправне максиме постојала противуречност. Због тога се слободно може рећи да је највећи акценат теоријским бављењем расправним начелом било управо питање превазилажења таквог јаза.

Превазилажење противуречности два важења концепта се најпре покушавало идеолошким аргументима. *Камхи* тако супротставља социјалистичком начелу

³³ *Познић*, Коментар, 26 и след.

³⁴ *М. Марковић* ГПП I/1, 83; *Рајовић* ПЖ 5-6/1960. 1 (3); тако и *Трива/Белајец/Дика*⁶, 140, али без цитата, па тако *Рачић*, 269 ову чувену мисао приписује *Триви*. На основу исте идеје и *Познић/Ракић-Водинелић*¹⁵, т. 243; *Старовић/Кеча*³, 123.

³⁵ *Познић*, ЗбоЗГ 10 (1960) 269 (277), кога следе *Чалија*, Слободна оцена доказа, 65; *Рачић*, 277/278; *Ђуричин* у: Књига о грађанском судском поступку, 143 (156); *Рајовић* ПЖ 5-6/1960, 1 (3).

³⁶ *Чалија*, Слободна оцена доказа, 40 и след.

материјалне истине буржоаско начело под истим именом, које није доследно спроведено и у којем су ограничења оправдана диспозитивном природом субјективних права. Такво ограничење је пре свега везаност буржоаског суда за признање тврдњи. Сасвим је супротно у социјалистичком поступку у којем суд није дужан да сматра и да призна истинитим ниједну чињеницу ако није убеђен у њену истинитост. Изузеци постоје, али су они заправо изузеци од слободне оцене доказа.³⁷ Тада *Камхи* заправо методолошки окреће однос правила и изузетка, па истиче да у социјалистичком поступку не треба доказивати признате чињенице, али ако суд посумња у дозвољеност таквог располагања доказиваће се и такве чињенице. Критика се може упутити свакако поређењу са „буржоаским“ концептом ограничења материјалне истине кроз признање тврдњи. Он, наиме, прећуткује да како у предратном праву, тако и у немачком и аустријском признање тврдњи не веже суд у случају да се ради о правима којима странке не могу располагати, што се узима као саморазумљиво; исто тако део предратне аустријске доктрине има и даље резерве у погледу важења признања (*Полак*). Касније *Камхи* само још интензивније потенцира ово поређење као полазну премису свог схватања, па истиче да и признање тврдњи у ЗПП 56 одговара начелу диспозиције (*sic!*), али да се то не сме сматрати апсолутним правом, јер ако суд посумња у веродостојност признате чињенице, а ради се о сумњи на недозвољена располагања, суд није везан признањем.³⁸ Обрнуто, истиче, у предратном праву (§ 362 Грпп) „суд је признање учињено пред судом морао узети као основу свог јудиката“.³⁹ Тако изложен однос материјалне истине и „социјалистичког“ расправног начела би био квалитативно другачији од буржоаских система, где је расправно начело апсолутно.

Поред ове идеолошке стратегије која се заснива на свесној материјалној грешци, важан је закључак који *Камхи* даје управо у погледу оправдања неvezаности суда признањем тврдњи у случају сумње да се ради о недозвољеним располагањима. Наводи да је то „у складу и са врховним начелом нашег поступка, начелом материјалне истине које у том случају пробија начело диспозиције странака“. Ако се то обрне и чита исправно, онда такво врховно начело не важи по редовном току ствари, јер се у парничном поступку редовно ради о спору о правима са којима странке могу слободно да располажу.⁴⁰ С друге стране, што је најважније, врховно начело које захтева да суд буде уверен у чињеничне елементе пресуђења важи само за зону потенцијалних недозвољених располагања и спорова о односима у којима странке иначе немају право да располажу субјективним правима. Другим речима, оно важи само изузетно. Па ипак, за *Камхија* оно је врховно начело које није ограничено „начелом диспозиције“ као у буржоаском поступку. Овакав след размишљања је присутан и код *Чалије*. Иако инсистира на начелу материјалне истине као најважнијем уз начело диспозиције, у решавању исте кризне ситуације

³⁷ *Камхи*, ГСП³, 149.

³⁸ *Камхи*, ГСП³, 329.

³⁹ *Камхи*, ГСП³, 329 фн. 140.

⁴⁰ Тако и *Грубшиа* ОДВ 1961, 305 (308), с тим да се његова критика односи на исту методолошку грешку *Цуље*.

он га своди на онемогућавање недозвољених располагања: признање тврдњи је посредан израз располагања предметом спора, које нема своје дејство само онда када је противно чл. 3 ст. 3 ЗПП 56; штавише, признање тврдњи је изјава о хтењу, а не изјава о знању.⁴¹ Оно стога ништа не дира у начело материјалне истине, јер начело диспозиције – исправно: расправна максима – има предност, која је опет сасвим разумљива и оправдана због природе спора.⁴² Како је речено, то је у супротности са његовим схватањем оправдања расправног начела које по њему нема никакве везе са приватном аутономијом. Још више је у супротности са сопственом концепцијом о начелу материјалне истине као основном начелу које подразумева да се формира чињенично стање које одговара ванпроцесној стварности. На крају, а што је већ речено, *Чалија* у потпуности превиђа прво и основно правило расправног начела – везаност суда за тврдње странака –, па га и не спомиње у смислу односа према материјалној истини. Не објашњава како везаност суда чињеничним тврдњама утиче на концепт материјалне истине који подразумева да суд утврди комплетно стање ствари ради „остваривања законитости“. У томе свему се показује да је његова критика *М. Марковића* и *Грубиче* била безуспешна.

Наведен покушај превазилажења противуречности два концепта – једног који је производ теоријског виђења ствари (начело материјалне истине) и другог који је нужност позитивноправног одређења (правила расправног начела) – присутан је и у каснијим радовима.⁴³ Он је остао неуспешан, јер због својих погрешних полазних премиса није ни био у стању да дође до жељеног резултата – немогуће је бранити начело које је израђено на основу изузетака. У том смислу је сасвим на месту *Кечина* констатација да

у периоду када је утврђивање материјалне истине у југословенском парничном законодавству имало значај основног начела готово да није било теоретског рада којим се није ламентирало због тога што у поступку ипак није могуће једно потпуно утврђивање стварности – почевши од несавршености људског сазнања уопште па до конкретних процесних установа за које се сматрало да негативно утичу на могућност утврђивања истине у поступку.⁴⁴

Међутим, наведени покушај сам за себе показује другу страну, а то је ипак одбрана идеје о слободи и одговорности странака. Покушај превазилажења је заправо показао да се не може говорити о начелу материјалне истине у поступку у којем је „расправно начело доминантно“, тј. у којем важи ублажено расправно начело. Цена је била урушавање сопствених ставова и контрадикторност, али се важење ублаженог расправног начела није никако довело у питање.

У оквиру већег дела доктрине која је настојала да очува мисао о материјалној истини при признавању расправног начела доста је присутно увећење у игру „правнополитичког оправдања“ у виду искуствене и оптимистичке аргументације. Стога ће антагонистички ставови странака редовно довести до изношења

⁴¹ *Чалија*, Слободна оцена доказа, 64.

⁴² *Чалија* ГСа XIV (1966), 147 (168).

⁴³ Уп. *Рачић*, 271 и след.

⁴⁴ ЗбоНС XLVII/3 (2013), 75 (77).

целокупног процесног материјала и омогућити утврђивање материјалне истине,⁴⁵ односно признање тврдњи због сопственог интереса странке ће редовно одговарати материјалној истини.⁴⁶ У основи се ради о техничком оправдању расправног начела (*Розенбергова* мисао о егоизму странака) и његовом значају за формирање идеалног чињеничног стања – сукоб интереса као мотор страначких активности ће довести по правилу до изношења свог процесног материјала. У истом смислу и признању тврдњи не треба одузимати правнополитички значај, јер по правилу признање тврдњи одговара стварном стању, тј. истини. Због тога је и „материјална истина“ присутна и у систему где је суд везан признањем тврдњи.⁴⁷

Делу доктрине који није био толико радикалан у погледу важења начела материјалне истине било је лакше да приступи „проблеми“. Како је већ речено, *М. Марковић* суштински и не признаје важење начела материјалне истине у споровима о правима са којима странке слободно располажу због примене расправне максиме. Због тога „примену“ моделског начела материјалне истине, тј. границе утврђивања материјалне истине сужава на изричита овлашћења суда која треба да допринесу њеном утврђењу, али која уопште ни не дотичу правила расправног начела. У амбијенту расправног начела „врло често [се] задовољава суд *формално исправном* подлогом чије се истинитост претпоставља“ (курзив аутора).⁴⁸ У суштини исто заступа и *Грубшица*: начело материјалне истине не важи у ЗПП 56 због важења расправног начела,⁴⁹ па зато је онда и обсолетна свака дискусија о усклађености тих начела.

На крају, *Тривино* умерено схватање о начелу тражења истине је у овом контексту добило посебно место. *Трива* је вешто поставио доследан став да питања диспозиције по његовој концепцији (како располагања предметом спора тако и правила расправног начела) имају значај правнорелевантних чињеница, која претходним чињеницама – „истини“ – одузимају релевантност. Суд неће утврђивати такву „истину“, јер је она превладана и без правног значаја. Његов је задатак да утврди сада нове чињенице,⁵⁰ што није ништа друго до теза о „новој истини“.

3. Оправдање (са)одговорности суда

А. Оправдање дужности питања

а) Већинска доктрина

Мисао о нужности активног судије се с једне стране постављала као саморазумљива спрам порекла концепта пасивног судије, тј., како се говорило, чистог расправног начела. Неизоставно се он везивао за еру либералног

⁴⁵ В. фн. 34.

⁴⁶ В. фн. 35.

⁴⁷ *Познић* Коментар, 29; *Чалија* ГСа XIV (1966), 147 (168); *Рачић*, 277/278; *Ђуричин* у: Књига о грађанском судском поступку I, 143 (156).

⁴⁸ ГПП I/1, 104.

⁴⁹ *Грубшица* ОДВ 1961, 305 (314 и след.).

⁵⁰ ЗбоЗГ 10 (1960), 286 (288); ГПП I², 132; *Трива/Белајец/Дика*⁶, 137.

капитализма и екстремно индивидуалистички приступ.⁵¹ Такав навод је био довољан у тадашњем амбијенту да оправда идеју о нужности активног судије. Међутим, постојало је и дубље оправдање које се није искључиво базирало на идеји социјализма. Пре свега то је слеђење *Клајновог* схватања о парничном поступку као установи јавног добра, парници као масовној појави за чији је правилан исход заинтересовано и друштво, па је један од пресудних израза и нужност материјалног управљања парницом.⁵² Ради се о тежњи да се дође до исправне пресуде па и при „важењу расправног начела“.⁵³ На тим поставкама се онда и гради могућност суживота расправног начела и материјалног управљања парницом, што се најбоље види код *М. Марковића*. Због своје прагматичке оријентације као доследан настављач *Клајнове* мисли, он истиче полазно правило за питање уређивања прикупљања процесног материјала у којем су изгледа правила расправног начела нужност, али у се којем оставља простор за активност суда, јер

[н]е поставља се питање: ко је „господар спора“, него: које су радње најцелисходније за сазнање истине о стању ствари уз истовремено признавање диспозитивне природе грађанских субјективних права?⁵⁴

Оправдање материјалног управљања парницом према томе је израз тежње да се расветли стање ствари, да се утврди истина. На исти начин је заправо резоновано и у остатку литературе, с тим да је у зависности од схватања начела материјалне истине и сама активност суда добијала већи или мањи призив тог начела.⁵⁵ У сваком случају нема сумње да је материјално управљање парницом било показатељ оријентације поступка ка проналажењу истине, односно оријентацији поступка ка исправном (законитом) пресуђењу.⁵⁶

Друга, додуше не толико учестала аргументација, била је идеја о остваривању једнакости. Полазило се од тога да формална једнакост странака није увек и суштинска, јер су странке различитих способности (интелектуалних, економских и сл.), па је таква активност суда средство за изједначавање странака. Дакле, оправдање и сврха је било обезбеђивање равноправности: суду се ставља у дужност да успостави правну равнотежу, коју ремете фактичке неједнакости странака, што је уједно и средство за остварење начела поучавања неуких странака.⁵⁷

⁵¹ Уп. *Трива*, ГПП I², 134; *Трива/Белајец/Дика*⁶, 139; *Рајовић* ПЖ 5-6/1960, 1 (2); *Чалија* ГСа XIV (1966), 147 (150).

⁵² Уп. *М. Марковић*, ГПП I/1, 74, 79, 86; *Рајовић* ПЖ 5-6/1960, 1 (4).

⁵³ Уп. *Познић*, Коментар, 709: на основу конструкције материјалног управљања парницом се доводе у склад основно правило расправног начела и активности суда.

⁵⁴ ГПП I/1, 83.

⁵⁵ Уп. *Рајовић* ПЖ 5-6/1960, 1 (7); *Чалија* ГСа XX (1972), 183 (194): „Дужност материјалног управљања парницом произилази из начела материјалне истине“. Међутим, занимљиво је да *Камхи* као један од најнегрничнијих заступника начела материјалне истине ову активност суда уопште и не спомиње, нити код самог начела материјалне истине, нити код расправне максиме; уп. *Камхи* ГСП³, 145 и след., 154 и след.

⁵⁶ Уп. *Цуља* у: *Цуља/Трива*, Коментар I, 25; *Д. Петровић* *Анали* IX (1963), 170 (176); *исти* у: *М. Јанковић и др.*, Коментар³, 319.

⁵⁷ *Рајовић* ПЖ 5-6/1960, 1 (8); *Познић*, т. 248; *исти*, Коментар, 39; *Познић/Ракић-Водинелић*¹⁵, т. 244.

б) *Јухарт*

Доста сажетије, али и сасвим другачије оправдање дужности питања даје *Јухарт*. Таква констатација се може разумети само ако се његови ставови ставе у контекст тадашње и садашње германске доктрине о дужности упућивања, под чијим је и он утицајем. Наиме, дужност питања *Јухарт* не везује за начело материјалне истине у смислу тежње да се донесе пресуда којом ће се задовољити постулат законитости, и тиме исправно пресуђење зарад заштите објективног правног поретка. Код њега је оријентација ка индивидуалној правној заштити и обезбеђењу онога што се у немачкој доктрини назива материјалном правичношћу. Тако он и аргументује само схватање поступка и његов циљ, што је већ добро фундирана идеја у тадашњој немачкој литератури: негација суда као спортског арбитра који несме да утиче да исход спора, негација зависности резултата поступка од вештине странака; циљ поступка победа странке која је у праву, а не која је спретнија.⁵⁸ Иако је то мисао која доминира и код других у домаћој литератури, разлика је што код *Јухарта* нема никаквог идеолошког призвука, нити повезивања са начелом материјалне истине. С друге стране, а то је много важније, он види целокупан смисао дужности питања, тиме и захтева да победи странка која је у праву, а не која је вештија, у избегавању пресуда на основу терета тврдње. С обзиром да он изричито признаје концепт терета тврдње, управо везује дужност питања пре свега за превазилажење дефицита тврдњи. То је нужно у систему у којем важи правило *iura novit curia*, па тако и дужност питања доприноси онемогућавању доношења пресуда изненађења. На тај начин, по први пут у југословенској доктрини се појављује и такав концепт.

в) *Тривино* начело отвореног правосуђења

У свом чувеном „Есеју о отвореном правосуђењу“ *Трива* је наслањајући се на модеран германски концепт дужности упућивања, а пре свега на немачку варијанту, унео у југословенску доктрину и сасвим ново образложење дужности упућивања. Смисао читавог концепта отвореног правосуђења је теза да онда када је то потребно, зарад остваривања постулираних циљева, суд треба да отворено са странкама разматра и правне проблеме спора. Ради се о проблему који, како је речено већ, постоји у немачком и аустријском праву у виду спора о „правном разговору“ (*Rechtsgespräch*). Значајно место у *Тривној* замисли има и судијска дужност питања из чл. 298 ЗПП 76, па је аргументација коју он даје и више него драгоцен. Тиме су се по први пут у југословенску науку на тадашњем „српско-хрватском“ језику увели модерни токови иначе референтних система, чиме се дала сасвим нова нота идеје о активном судији у односу на стандардну доктрину, која се није одвојила од везивања за идеју материјалне истине.

⁵⁸ Наводи *Јухарта* су готово дословно преузимање *Лентових*; уп. *Juhart Pravnik XII (1957), 202 (221); Lent, 75.*

Своју идеју *Трива* гради на добро фундираном схватању како аустријског социјалног схватања, тако и немачког неолиберланог: судија се не може поредити са судијом у спортском борилишту, јер није смисао да победи у парници спретнији у борби, већ онај на чијој је страни правда. То што је друштво начелно незаинтересовано за садржај грађанскоправних односа не значи да је оно индиферентно према томе да судија буде управо такав – пасиван, па је стога „јавни интерес да се парница води *lege artis*, да у њој победи правда а не борбена спретност“.⁵⁹ То ставља и у контекст савременог система у којем влада принцип *iura novit curia* и у којем је право на саслушање фундаментално начело поступка. Тада, а уз ослонац пре свега аустријске и немачке теорије, изводи закључак да је, између осталог, судијска дужност питања

логичка пројекција начела на којима почива модерни процесни систем, па и наш: сузбијања злоупотреба и помоћи неукима; подстрекавања и расправних делатност и инквизиторности; апсолутизовања правила *jura novit curia* и невезаности суда за правна схватања странака; чувања правног поретка, тражења тзв. материјалне истине и слободне оцене доказа.⁶⁰

Како је речено, основно питање његове концепције јесте нужност вођења „правног разговора“ зарад остваривања других задатака, који би се у свему могли сумирати у исправном пресуђењу. У контексту судијске дужности питања, кроз аустријску, немачку и италијанску доктрину, он показује цео смисао активности судије у оквиру расправног начела. Иако не спомиње изричито пресуду на основу терета тврдње, изражава везаност и нужност активности суда и принципа *iura novit curia*. Наиме, он преузима мисао о забрани пресуде изненађења, која је при важењу наведеног принципа сасвим могућа. Странке износе чињенице које су спрам њихове правне оцене правнорелеванте, али спрам оцене суда, који суверено о томе одлучује, оне нису, већ су то неке друге, које нису ни изнете. Тако закључује да уколико би суд био пасиван, донела би се пресуда изненађења којом би суд „заскочио“ странку, јер би тек из пресуде она сазнала да се за своје право борила на погрешном колосеку, да је судија конципирао спор битно другачије од ње, па је због тога придао важност елементима спорног односа које је она занемарила.⁶¹ Тако нешто за њега није замисливо у савременом систему, какав је и тадашњи југословенски, у којем суд даје правну оцену спора. Како је речено, он не спомиње пресуду на основу терета тврдње, јер је он и не познаје као институт, али је јасно да кроз наведено он управо мисли на случај пресуђења због дефицита тврдњи.

У односу на остатак литературе – изузев *Јухарта* свакако – очигледно је да *Трива* много дубље разматра нужност судијске дужности питања у поступку у коме равноправно постоји расправно начело и принцип *iura novit curia*. Ова за њега логичка нужност, која је инспирисана и идејом правичности а не само захтевом за исправним пресуђењем, представља основно оправдање концепта активног судије. Односно, стављено у контекст важећег права, чл. 298 ЗПП 76 захтева од суда

⁵⁹ *Трива*, Есеј о отвореном правосуђењу, 209 (212).

⁶⁰ *Трива*, Есеј о отвореном правосуђењу, 209 (224).

⁶¹ *Трива*, Есеј о отвореном правосуђењу, 209 (211).

дужност материјалног управљања парницом која ће остварити мисију испуњења циља поступка: да не победи спретнији, већ онај ко је у праву.

Вредност *Тривиног* Есеја није у његовој оригиналности, јер ако се сагледа његов концепт то није ништа друго него већ тада уобличено немачко схватање дужности упућивања из § 139 нГрпп, и то због инсистирања на поучавању странака о њиховим материјалним правима, приближавања социјалној струји.⁶² Исто тако, и *Лухарт* је пре њега на много сажетији начин изложио заправо исто. Готово непроцењива вредност је, међутим, у уобличавању постојеће доминантне мисли у упоредном праву, и њеној енергичној одбрани као постојећој и у југословенском поступку. У истом смислу, његова је заслуга што је приказао стање ствари у поступцима и теорији западних држава, које, зачуђујуће тада можда за неке, изражава толико мисао о бризи за странке, и о ублажавању њихове одговорности.

Б. Оправдање извођења доказа по сл. дужности

Извођење доказа по сл. дужности је било тесно везано са начелом материјалне истине. Оно се био заправо његов интегрални део и заиста једини израз инквизиторности.

Питање је свакако, када се сагледава из данашње перспективе, због чега је толико била брањена и наглашавана ова инквизиторна активност суда, када је исто тако брањена негација истражне делатности у погледу изношења чињеница. Кључно оправдање се налази управо у начелу материјалне истине, које је било нужно да постоји, макар југословенски поступак и није био типичан социјалистички модел. Јер, да суд није имао овлашћење да изводи доказе по сл. дужности, онда не би постојао нити један ослонац за признавање овог начела. Чини се да се тако нешто тада није могло замислити. Наиме, они који су посебно образлагали извођење доказа по сл. дужности, па и против воље странака у погледу конкретног доказног средства, наглашавали су фундаменталну разлику у односу на „индивидуалистички приступ“. Власт странака и у погледу доказних средстава је означена као израз превладане либералистичке доктрине о формалној истини, о доследном поштовању воље странака, односно то је био израз либералног схватања поступка.⁶³ Супротно, у социјалистичком уређењу суд мора да има дужност да утврди истину.

Оваква одбрана негирања слободе странака и великог ублажавања њихове одговорности изричито је и довођена у контекст са образложењем „доминације“ расправног начела. Тако, с обзиром да је суд могао по сл. дужности да изводи све доказе, па и против воље странака, али само у погледу спорних чињеничних тврдњи странака није се дирало у правило које је било последица диспозитивности субјективних права.⁶⁴ На тај начин се, чини се, постигао максимум инквизиторности који је и *М. Марковић* истицао, а то је да се не може дезавуисати диспозитивни карактер права о којима постоји спор.

⁶² В. горе § 9 VI 3 В.

⁶³ Репрезентативно *Чалија*, Слободна оцена доказа, 37 и след..

⁶⁴ У том смислу *Трива/Белајец/Дика*⁶, 143; слично *Рајовић* ПЖ 5-6/1960, 1 (16, 18).

IV. Сумирање резултата

Апсолутно већинско схватање теорије, стога и без сумње владајуће, заступа тезу о негирању примата истражног начела. Без обзира на нејасноће на теоријском плану, опште је схватање да слобода и одговорност странака има своју вредност на плану прикупљања процесног материјала. У том смислу се и говори о превладавању расправног начела, о расправном начелу као важећем, или о модификованом расправном начелу. Спрам схватања о ублаженом расправном начелу као теоријском моделу, може се закључити да је оно управо било важеће у ЗПП 56/76. Та страна реконструкције доктрине и није толико важна, колико је важно инсистирање на једном суштински либералном образложењу постојећег стања. Нико није довео у питање везаност суда за тврдње странака и за њихово признање; већ тада развијена доктрина у германском правном кругу о непостојању логичке нужности између приватне аутономије и располагања идеалним чињеничним стањем је непозната. Управо супротно, владајуће схватање је да она управо постоји. Другим речима, догматичко оправдање расправног начела, па и ублаженог, представља фундаментално образложење концепта. Да се то одлучно бранило, показује однос са начелом материјалне истине, иначе дубоко идеолошки импрегнираним. Чак ни код најрадикалнијих заступника његовог важења правила која забрањују суд истраживање чињеница преко тврдњи странака су неупитна; слично и за признање тврдњи. Због свега овог југословенска доктрина има својеврстан аутономан став у односу на аустријску, немачку (нео)либералну и социјалистичку доктрину. Она је представљала њихову мешавину. У односу на аустријску доктрину је присутно социјално схватање поступка и умерено колективистичко поимање поступка, па отуда и нужност активног судије у виду дужности материјалног управљања парницом. То се и надовезује на мисао о материјалној истини, која – заокрет у правцу социјалистичког концепта – има и ранг важећег начела поступка, негде и врховног. Но, ту и престаје нит са наведеним концептима. Расправно начело се признаје, и изричито се истиче његово инхибиторно дејство. Оно у датим границама постоји на основу приватне аутономије странака, што у резултату значи да странке располажу чињеничним супстратом пресуде.⁶⁵ Тиме се, дакле, показује очигледно нит немачке (нео)либералне доктрине, чиме се у кључној тачки учења о расправној максими домаћа доктрина сврстала заправо у тај правац. Јер, питање активности суда у оквиру важења расправног начела и није спорно, већ је спорно образложење његовог важења. А на том месту се југословенска доктрина приклонила либералном приступу.

Следом реченог треба констатовати да је југословенска доктрина либералнија у односу на тадашњу али и садашњу аустријску доктрину. О таквом односу са социјалистичком и не треба посебно говорити. Довољно је напоменути да се

⁶⁵ До истог резултата у погледу непостојања идентитета југословенског и социјалистичког концепта долази и *Галич*; уп. *Galič R. L. R. 27 (2010), 117 (118 и след)*.

§ 16

изричито признаје важење „озлоглашеног“ расправног начела, па макар и модификованог, јер као што је напред речено, за једно социјалистичко схватање је било какав спомен расправног начела неприхватљив.⁶⁶ Наравно, позитивно право (ЗПП 56/76) је омогућавало такав приступ, али је битно да он није ни довођен у питање, па чак ни код оних који су потенцирали начело материјалне истине. Све то говори у прилог узимања са резервом данашњу реконструкцију тадашњег система и паушално означавање овог периода периодом инквизиторности. Зато се и треба запитати да ли је примерено да се на уопштен начин поступак социјалистичке Југославије означава као инквизиторни; владајућа и готово једнодушна литература – показано је – за то није давала повода. Све то даље говори да узрок за евентуално постојање „инквизиторног поступка“ не треба тражити у доктрини, што уз изостанак њене реконструкције доводи до имплицитног приписивања греха и њој. Други аспект начела материјалне истине – конструкција поступка која тежи обезбеђивању утврђења истине (забрана преклузија и допуштеност новота) – и нема никакве везе са питањем инквизиторности.

⁶⁶ За пример ДДР в. горе § 8 IV 3.

§ 17 Контретизација модела

I. Везаност суда за тврдње странака – објективни терет тврдње

1. Схватање везаности суда за тврдње странака; постојање објективног терета тврдње

A. Теорија

Неспорно је било да ЗПП 56/76 предвиђа да суд може за подлогу пресуђења да узме само чињенице које су странке навеле. Како је речено, такво схватање теорија није довела у питање ни спрам признавања начела материјалне истине. Исто тако, ово прво и основно правило моделског расправног начела, па и ублаженог, било је оправдање за негирање истражног начела као важеће максиме поступка.

Пре него што се пређе на питање објективног терета тврдње у доктрини, треба ипак истаћи рана схватања у погледу одредбе по којој су странке дужне да изнесу „чињенице и доказе“. Наиме, *Познић* је на почетку истицао да је тиме заправо одступљено од расправног начела, јер се странкама не оставља на вољу да износе чињенице и предлажу доказе, или да то не учине, „него им се то ставља у дужност да пред судом изнесу сву процесну грађу којом располажу“. Међутим, за последицу он истиче само оно што се тиче доказа – извођење *ex offio*.¹

С обзиром на уређење у ЗПП 56/76, концепт терета тврдње је био нужност. Међутим, он је био ако не непознат, онда свакако маргинализован институт. У већини литературе се он спомињао само узгредно уз исто тако маргинално спомињање терета доказивања. Као концепт, даље од тога није био разјашњен, па ни у смислу конкретне расподеле терета. Пресуђење на основу терета тврдње, тиме и учење о конклузивности тужбе и релевантност одбране било је непознато.

Изузетак од већинске литературе су *Јухарт* и *Познић*, донекле и *Бачић*, који су у већој или мањој мери показали да у ЗПП 56/76 постоји објективни терет тврдње у суштинском значењу. Пре свега *Јухарт* у раду који се тиче прикупљања процесног материјала, и то већ 1957. г., излаже заправо тадашње – и садашње! – германско схватање парничног поступка у којем је суд везан тврдњама странака. Он не само да изричито спомиње терет тврдње, који се јасно разликује од терета доказивања, већ и напомиње механизам пресуђења у случају дефицита тврдњи. Терет тврдње уређује последице ненавођења битних чињеница, и то тако што се пресуђује против странке која сноси терет за њих.² За пример дефицита на страни тужиоца истиче да то подразумева да је тужба неконклузивна, и да се има одбити.³ Дакле, *Јухарт* је у потпуности свестан методологије поступања суда у смислу испитивања конклузивности.

¹ *Познић* у: *Познић/Вражалић/Бачић*, т. 3 уз чл. 6. На ову мисао се очигледно наслања и преузима је касније *М. Јанковић* у: *М. Јанковић и др.*, Коментар³, 19.

² *Juhart Pravnik XII (1957), 202 (209)*

³ *Juhart Pravnik XII (1957), 202 (220)*.

За разлику од *Јухарта*, *Познић* центар пажње усмерава расподелу терета тврдње, али је важно истаћи и да изричито везује терет тврдње за расправно начело.⁴ Тако истиче да расподелу терета тврдње у смислу чл. 219 ЗПП 76 треба схватити сходно изграђеном правилу науке, али напомиње да се правила о расподели терета тврдње транспонују и на расподелу терета доказивања, чиме јасно ставља до знања појмовну различитост две врсте терета.

Свака странка треба да изнесе оне чињенице, које по закону имају значај материјалноправних претпоставки за примену одредбе, којом се спор решава у њену корист. То значи да странка која истиче једно право мора да изнесе чињенице из којих је оно настало и чињенице којима се оно одржава. На противника, који право оспорава, пада терет да противстави чињеницу која је спречила настанак права, услед које се оно угасило или која га овлашћује да ускрати испуњење обавезе [...].⁵

Јасно је да *Познић* врши расподелу терета тврдње сходно *Розенберговој* теорији норме, што не треба да чуди, с обзиром да он међу првима у тадашњој доктрини „уводи“ модерну теорију терета доказивања.⁶ Тиме је он заправо дао смернице за пресуђење у случају дефицита тврдње. Јер, несмуњиво је да обрађивање расподеле терета има значај само за пресуђење у случају дефицита тврдњи. Исто тако, изгледа да *Познић* прихвата суштински примат терета тврдње у односу на терет доказивања, јер правила о последњем изводи из правила о првом. Ипак, и поред овога он не говори ништа даље о конкретном случају дефицита тврдње, што би била одбијајућа пресуда због неконклузивности у првом реду.

На крају, *Бачић* скромно, али довољно, истиче у коментару чл. 208 ЗПП 56 да је у интересу самих странака да изнесу све битне чињенице, с обзиром да се по правилу чињенично стање образује само од страначких навода; уколико не буду изнете све „чињенице које су по материјалном закону потребне, биће одбијен предлог странке“.⁷

Заједничко и за *Познића* и за *Јухарта* је утицај пре свега немачке теорије, што је код последњег очигледно спрема самог цитирања. Постоји свест да се одговорност странака манифестује већ на првом кораку прибављања процесног материјала, јер већ непостављање тврдњи доводи до губитка спора. Схватање *Јухарта* и *Познића*, међутим, није наишло на одјек у науци, јер нити је као такво прихваћено, а још мање је довело до расправа.⁸ Штавише, *Јухартово* инсистирање

⁴ *Познић/Ракић-Водинелић*¹⁵, т. 439. Истини за вољу, ово је тек став из последњег издања уџбеника који је он редиговао.

⁵ *Познић*, Коментар, 567; *Познић/Ракић-Водинелић*¹⁵, т. 439.

⁶ Наравно, треба релативизовати наведено у смислу појма „модерне“ теорије. Она је модерна у односу на схватање доктрине општег права и субјективистичког поимања терета доказивања, које је било дубоко укорено и код нас, уколико би се признао терет доказивања уопште. Према томе, инсистирање *Познића*, али и *Јухарта* на појму објективног терета доказивања подразумева и увођење савремене концепције. С друге стране, у време када је *Познић* активан, наступио је већ нов талас теорије о терету доказивања у немачкој науци. Ако се тако гледа, струја која је критиковала, али и реформисала *Розенбергово* учење, увелико је постала „владајућа“ и „модерна“; уп. *Musielak ZZP* 100 (1987), 385 (387 и след.). Речено, међутим, не умањује *Познићеву* заслугу.

⁷ У: *Познић/Вражалић/Бачић*, т. 2 уз чл. 208.

⁸ Изузетак је *Цини* ЗбоЗГ (1990), 289 (303 и след.), кога опет следи *Ђурићин* Право 7-8/1995, 67 (73). Наиме *Цини* који прихвата *Јухартово* учење, али не схвата на исправан начин *Познићеву* излагање,

на раздвојености терета тврдње и терета доказивања, и то објективних, погрешно је протумачено. Тако се истицало да је терет тврдње сувишан, јер странке имају дужност да изнесу све чињенице, и које им иду прилог и које им не иду у прилог. Јасно се, дакле, види, да није ни схваћен објективни терет тврдње, на кога једино *Лухарт* и мисли. Додатни разлог за маргинализацију *Лухартовог* схватања би евентуално могао да се нађе у чињеници да је писао на словеначком. Но, у сваком случају у остатку литературе је остало само опште одређење да је суд везан тврдњама странака и да евентуално постоји институт терета тврдње. Све преко тога је изостало.

Б. Пракса

У пракси се питање везаности суда за тврдње странака посредно или непосредно спомињало. Пре свега то је био случај са укидањем пресуда од стране ревизијских судова у случају непотпуног чињеничног стања, када су жалбени судови сматрали – због погрешног правног схватања – да постоје услови за нормалан силогизам. Укидање пресуде је било праћено налогом да се поступак допуни утврђењима која се односе на исправно схваћену правну норму која треба да се примени. Као средство за допуну се наводио заправо механизам ублаженог расправног начела: равноправно се цитирају одредбе где се говори о терету тврдње, али и одредбе о дужности суда да материјално управља парницом;⁹ дикција таквих упуштава нема призивок налагања истраге, а материјално управљање је свакако усмерено само на постављање питања. У том смислу не само да се цитирају одредбе о изразу расправног начела, већ се понегде истиче изричито да суд може да утврди чињенично стање само на основу тврдњи странака,¹⁰ или да странке морају да поставе потребне тврдње.¹¹ Уз сада неспомињање и дужности материјалног управљања парницом, а готово при крају овог периода, понекад су судови наглашавали потребу да странке поставе тврдње,¹² односно да су судови везани за тврдње странака.¹³ Ипак, оно што се може закључити као карактеристично јесте постепено ишчезавање било каквог спомена дужности питања; почетна колико-

па му неосновано пребацује да негира постојање терета тврдње. *Познић* говори о губитку практичног значаја терета тврдње прво у смислу негирања постојања субјективног терета, а потом и због дужности питања суда. Ипак, веома је важно да се истакне да *Чини* поставља проблем терета тврдње у исправном смислу у виду питања: „Шта урадити уколико и поред питања суда једна чињеница не буде изнета?“

⁹ *BCJ* ЗСО X/2-1965-176; *CBC* ЗСО V/3-1960-322; ЗСО V/3-1960-307; ЗСО IV/1-1959-61; ЗСО IV/1-1959-60; Рев 184/58 ПЖ 11-12/1958, 56 = ЗСО III/2-1958-257.

¹⁰ *CBC* ЗСО III/3-1958-448.

¹¹ *CBC* ЗСО V/3-1960-317; Рев 184/58 ПЖ 11-12/1958, 56 = ЗСО III/2-1958-257.

¹² *CC* ЗСО XXII-1998-37.

¹³ *BCC* Рев 1170/99 Билтен ВСС 2/2001, 91; Прев 23/99 СППС 2/2001, 98; Рев 6138/96 Билтен ВСС 1/1997, 14 = ЗСО XXII-1998-119. Међутим, *BCC* не цитира свој став одредбама о расправном начелу (чл. 7 ст. 2, 219, 299 ЗПП 76), већ одредбом чл. 186 ст. 1 ЗПП 76 у погледу садржаја тужбе. Чини се да у наведеним ситуацијама *BCC* напомиње да се уопште не може разматрати основаност тужбеног предлога спрам норми које према животном догађају као елементу предмета спора не долазе у обзир. Дакле, по среди је проблем утицаја доктрине о двочланој теорији предмета спора и механизма *iura novit curia* и расправног начела.

толика учесталост наглашавања ове дужности од стране највиших судова у земљи (*CBC*, *BCJ*), па и само у контексту начина допуне дефицитарних тврдњи, претвара се у налагање судовима шта треба да „утврде“.

Све ове одлуке, међутим, и нису биле непосредно везане за терет тврдње, нити су га на крају и спомињале именом, јер су нападане пресуде биле захваћене непотпуним чињеничним стањем узрокованим погрешном применом материјалног права, што је уједно била и апсолутно битна повреда поступка. Постоји, међутим, једна пресуда на основу терета тврдње, и коју су као такву донели нижестепени судови. По тужби за накнаду штете коју је радник причинио свом послодавацу тужилац није изнео чињенице на основу којих произилази кривица туженог, што је био разлог за одбијање захтева. Ревизијски суд (*CBC*) потврђује нижестепене пресуде, јер је ревидент истакао само погрешну примену материјалног права, сматрајући да се кривица претпоставља; истичући претходно важност дужности питања *CBC* закључује да

[р]евизија и не побија другостепену (првостепену) пресуду из разлога што суд није у процесном смислу поступио на изложени начин. У ревизији се и не побија пресуда у том правцу да услед недостатака у поступку странци није пружена могућност да износи чињенице и доказе. Ревизија уопште не наводи да постоји неки недостатак у утврђивању одлучне чињенице, него се ограничава само на навод о поменутој погрешној примени материјалног права.

Из наведених разлога очигледно је да не постоји разлог на који се ревизија позива, и, према томе, ревизија је неоснована.¹⁴

Овај став тадашњег највишег суда у земљи представља изричиту потврду објективног терета тврдње, и радило се о класичној пресуди због неконклузивности. Веома је важно нагласити да *CBC* везује непостављање тврдњи за евентуалну грешку суда у материјалном управљању парницом, али да и поред тога, због недостатка таквог истакнутог ревизијског разлога, ни не проверава правилност поступања нижестепених судова. Стога се поуздано може овом суду приписати став о повреди одредаба о материјалном управљању парницом као о релативно битној повреди поступка. Исто тако, негативно, када нижестепени судови при исправном правном схватању донесу пресуду на основу терета тврдње, нема говора нити о апсолутно битној повреди поступка (недостатак разлога о битним чињеницама), нити о непотпуном чињеничном стању узрокованом погрешном применом материјалног права. О овоме ће касније бити више речи, али је овде важно да се истакне да је на овај начин *CBC* први пут, а изгледа и последњи,¹⁵ применио у потпуности прави механизам ублаженог расправног начела: нагласио је како одговорност странака, јер је потврдио пресуду на основу терета тврдње, тако и

¹⁴ ЗСО III/3-1958-441. Супротно је *Грађански* Гласник АКВ 1/1964, 1 (12), ову одлуку цитирао у прилог његовој тези о непостојању терета доказивања у ЗПП 56, односно тези о непостојању концепта страначке одговорности у новом „социјалистичком поступку“ који је квалитативно другачији од Грпп. Како се види из самог цитата, *CBC* управо обрнуто потврђује страначку одговорност и класичан концепт ублаженог расправног начела!

¹⁵ Наравно, таква констатација се односи на објављене одлуке.

саодговорност нижестепених судова, јер је истакао могућност да је до такве пресуде дошло кршењем одредаба о материјалном управљању парницом.

Након ове одлуке, колико нам доступне публикације дозвољавају, није било случајева где се потврђивала на наведени начин одговорност странака за постављање тврдњи. Можда управо супротно, пред крај важења система ЗПП 76 ВСС наглашава заправо истражно начело; поводом тужбе ради накнаде штете због незаконитог отказа се укидају усвајајуће пресуде, јер нису утврђене чињенице које се односе на подељену одговорност.

С обзиром на официјелну максиму суда и поводом висине штете неопходно је било у овом спору утврђивати да ли је тужила остварила права која јој по закону припадају као незапосленом лицу и смањила штету за износ привремене накнаде остварене за време незапослености или је својом кривицом пропустила да ову накнаду оствари на коју би имала право пријавом Заводу за тржиште рада, те да ли се пријавила Заводу ради посредовања при запошљавању, јер је од утицаја на висину штете и свака друга могућност запослења, што значи да сваки пропуст незапосленог да оствари приход који се реално могао остварити смањује његово право на накнаду штете о којој је овде реч.

Како се судови овим питањима уопште нису бавили, а од значаја су за правилну примену материјалног права, пресуде се укидају у складу са чл. 395 ст. 2 ЗПП.

У поновљеном поступку првостепени суд ће извођењем одговарајућих доказа утврдити правнорелевантне чињенице, укључујући и оне на које је напред указано.¹⁶

Како се види, изричито се – уз изостанак цитирања одговарајућих одредаба – апострофира „официјелна максима“, као и налог првостепеном суду да утврђује чињенице које се нису ни тврдиле. С друге стране, тешко да се спрам конструкције терета тврдње, његове расподеле и учења о минималном чињеничном стању уопште може говорити о непотпуном чињеничном стању услед погрешне примене материјалног права. Питање подељене одговорности је према ЗОО импедитивна чињеница, па тако не улази у минимално чињенично стање; уколико није било повода спрам навода странака за примену норме чл 192 ст. 1 ЗОО, а очигледно да није, онда се никако не може говорити о непотпуном чињеничном стању. На крају, маркантно је налагање првостепеном суду да дефицитарне чињенице утврди доказивањем, у коме се види јасан израз инквизиторности.

2. Проблем случајних резултата доказивања

Класичан проблем расправног начела био је присутан и у тадашњој доктрини, и то, због непостојања евидентираних проблема у пракси,¹⁷ са зачуђујуће великом пажњом. Већинско схватање је давало овлашћење суду да искористи и чињенице које су „случајни резултат доказивања“ и које странке ни након тога не „претворе“ у своје тврдње. Делом се аргументација заснивала на „начелу материјале

¹⁶ ВСС Рев 1852/98 Билтен ВСС 3/1999, 40 = ЗСО XXIV-2000-97.

¹⁷ *Трива* указује да *Уде* наводи неке одлуке, али оне колико знамо нису објављене, барем не на тадашњем српско-хрватском језику; *Трива/Белајец/Дика*⁶, 143

истине“¹⁸, па се наглашавала оријентисаност поступка ка истини,¹⁸ односно мисао да се и поред расправног начела не може захтевати да суд затвори очи пред чињеницама за чије је постојање сазнао у току расправе, мада их сам није тражио.¹⁹ Међутим, била је присутна и додатна аргументација. Тако *Познић* брани свој став и са чл. 7 ЗПП 56, одн. чл. 8 ЗПП 76, по којем суд приликом оцене доказа узима у обзир све што је на расправи изнето, тј. и резултате расправљања. Уз то, наводи и дужност странака да иначе говоре истину и да изнесу све о релевантним околностима.²⁰ *Старовић* иде и даље, па сматра да расправно начело подразумева да странке ионако треба само да изнесу догађај у кратким цртама остављајући да се у поступку, након доказивања употпуни сазнање о стању ствари; отуда и нема препреке да суд искористи резултат доказивања који ниједна странка не преузме као своју тврдњу, све док се остаје у оквиру животног догађаја.²¹ На овај начин *Старовић* је ипак у потпуности довео у питање основно правило расправног начела да странке одређују предмет доказивања и уопште могућ оквир чињеничног стања пресуде.

Према супротном *Тривином* схватању, у оваквој кризној ситуацији предност треба да има расправно начело, јер би се у супротном обесмислило правило (чл. 7 ст. 2 ЗПП 76) и његов изузетак (чл. 7 ст. 3 ЗПП 76). Начело материјалне истине није ипак до тог ступња суверени процесни принцип да би се његовом прекомерном експанзијом смело угрозити остварење осталих постулата о којима добро уређени процесни систем треба да брине. Ако суд сматра да постоје оправдани разлози да се брине о таквој чињеници, иако га на то не овлашћују наведена изизетна правила, суд ће моћи поучити странку да постави тврдњу.²² На овом примеру се још једном потврђује његова резервисаност у погледу начела материјалне истине, односно показује се критика поимања тог начела као врховног и неприкосновеног, чиме се у резултату он приближава неолибералном концепту и владајућој немачкој доктрини.

3. Супстанцираност тврдњи; забрана истраживачког доказивања

Поред тога што је суд био везан тврдњама странака, па се и доказивање по сл. дужности изводило само у погледу спорних тврдњи, и одредбе о доказном решењу су говориле у прилог тези да истраживачко доказивање није могуће. Јасно је било одређено да доказно решење, на основу кога се и изводи доказивање, садржи назначење спорне чињенице о којој треба извести доказ (чл. 289 ст. 1 ЗПП 56, одн. 300 ст. 1 ЗПП 76).

Немачки концент забране истраживачког доказивања, и то у делу који се тиче извођења доказа без претходно (довољно) одређене теме доказивања, био је

¹⁸ *Познић*, Коментар, 27; у истом смислу *Д. Петровић* *Анали* XI (1963) 170 (172), са изричитим позивом на *Полака* и *Нојмана*.

¹⁹ *М. Марковић*, ГПП I/1, 85.

²⁰ Коментар, ; *Познић/Ракић-Водинелић*¹⁵, т. 243; уп. већ *Pollak, System*², 484 и след.

²¹ *Старовић/Кеча*³, 123.

²² ГПП I², 140; *Трива/Белајец/Дика*⁶, 143

присутан у добром делу литературе. Он не само да се спомињао као институт, већ и признавао као важећи институт у ЗПП 56/76.²³

Јухарт је забрану истраживачког доказивања – за њега „информативно доказивање“ – изводио из одредаба које су предвиђале тзв. везаност тврдњи и захтева. Све одредбе које су се односиле на страначке тврдње, предвиђале су да је странка „дужна“ и да предложи доказе. Стога су били недопуштени доказни предлози без означавање доказне теме, тј. они који су уперени тек на сазнање стварног стања.²⁴ Готово идентично одређење се налази касније код *Триве*,²⁵ док *Познић* појам истраживачког доказивања спомиње у низу ситуација. Тако код захтева да супротна странка преда исправу говори о потреби да у захтеву исправа буде одређена, те и да се уз опис исправе и наведе

чињеница која исправом треба да буде доказана или оповргнута. Није допуштен предлог за извођење доказа исправом да би се видело да ли исправа садржи неки навод који би представљао потврду спорне чињенице или би имао супротан значај (тзв. истраживачко доказивање).²⁶

С друге стране, за увиђај јасно изражава мисао о забрани истраживачког доказивања, па констатује да

као ни друга доказна средства, тако се ни увиђај не може употребити да би суд тек сазнао да ли постоји нека чињеница од значаја за мериторну одлуку или можда неко друго доказно средство о спорној чињеници (тзв. истражни увиђај).²⁷

Ова мисао је двоструко значајна. Прво, она се пре свега односи на доказивање по сл. дужности, па *Познић* закључује да и тада важи забрана истраживачког доказивања. Јасно је да је мисао о везаности суда за тврдње странака оправдање става. Друго, можда још значајније, не само да је забрањено истраживачко доказивање *ex offio* ради сазнања битне чињенице, већ исто важи и за сазнавање нових доказних средстава. Када се то има у виду, показује се да за *Познића* ни извођење доказа по сл. дужности у смислу начела материјалне истине није апсолутна истражна делатност. Јер, уколико она јесте, онда нема разлога да се забрањује истраживачко доказивање са намером проналажења нових доказних средстава.

Остатак доктрине тог времена није поклатио пажњу овом проблему, и као појам истраживачко доказивање се није спомињало. Исто важи и за праксу, јер спомена о овоме нема. Може се само нагађати да ли су судови кроз „начело материјалне истине“ схватили управо као позив на истраживачко доказивање, па макар само са циљем проналажења нових доказних средстава. Имајући у виду оријентацију праксе тог времена у правцу „примата материјалне истине“, уз непостојање свести о концепту терета тврдње за које је и везана забрана истраживачког доказивања, чини се да би она била неприхватљива идеја.

²³ Нажалост, *Познићева* мисао никада и није успела да утиче на примену из простог разлога што је његов Коментар објављен постхумно тек 2009. г.

²⁴ *Juhart Pravnik XII* (1957), 202 (228).

²⁵ ГПП I2, 413; *Трива/Белајец/Дика*⁶, 412.

²⁶ Коментар, 615.

²⁷ Коментар, 597.

II. Формирање чињеничног стања вољом странака

У ЗПП 56/76 за признате тврдњи није било потребно доказивање, што је било, како је већ изложено, образлагано позивањем на слободу располагања у материјалном праву. У том смислу се и може говорити да су странке имале право да располажу идеалним чињеничним стањем. Тиме пре што се значај признања тврдњи одражавао на „начело материјалне истине“; могућност да суд изведе доказе по сл. дужности је постојала само за утврђивање истинитости спорних тврдњи. С друге стране је постојао и контумациони систем који се према већинској доктрини и пракси заснивао на фикцији признања тврдњи, односно прећутном признању. Ипак, за питање пасивност стране уопште, дакле ван изостанка туженог, говорило се о негативној литисконтестацији.

1. Признање тврдњи

Већински се признање тврдњи одређивало као парнична радња странке којом она признаје тачност/истинитост тврдњи противника, што је имало за последицу непотребност доказивања. Призната тврдња је постајала аутоматски део чињеничног стања, без судијске провере њене истинитости. Ограничење у закону је постојало у смислу сумње у недопуштено располагање путем признања, када суд није био њиме везан. Међутим, и поред реченог, спор у теорији је постојао како у погледу природе признања, тако и у погледу његовог дејства.

У погледу природе признања тврдњи су била присутна схватања о изјави о знању, изјави хтења, о двострукој природи, и на крају о доказном средству. Временом је преовладала концепција о двострукој природи. Тако, признање тврдњи је заиста била изјава о знању, али која управо због везаности суда за њега има и природу изјаве хтења.²⁸ *Цуљино* схватање о признању као доказном средству²⁹ је критиковано, и њега нико није прихватио.

Дејство признања се видело у класичном одређењу непотребности доказивања. Штавише, *Познић* је истицао не само да је доказивање признате тврдње непотребно, већ је и недопуштено.³⁰ Међутим, за прави садржај дејства признања тврдњи, тиме и став поводом правог располагања идеалним чињеничним стањем, кључан је однос према неистинитом признању. Ради се о ситуацији када се на основу резултата расправљања суд стекне уверење које је контрадикторно признатој тврдњи.

Већинско схватање науке је одрицало везаност суда неистинитим признањем.³¹ Ако се може реконструисати схватање доктрине, то би значило да чим би суд посумњао у истинитост признања, он није био дужан да га прихвати. С једне

²⁸ За стање доктрине уп. *Познић*, Коментар, 573.

²⁹ ГПП ФНРЈ, 328.

³⁰ Коментар, 575.

³¹ *Познић*, Коментар, 29, цитирајући само *Триву* истиче да се ради о владајућем схватању. Треба напоменути да је *Познић* раније суштински заступао супротно схватање; уп. *Познић* ЗбоЗГ 10 (1960), 269 (274).

стране је образложење таквог става у дужности истинитих тврдњи, које је принудног карактера и има примат над признањем тврдњи, односно с обзиром на квалификацију признања тврдњи, има примат у односу на „начело диспозиције“.³² С друге стране је *Тривино* схватање које види образложење у чл. 3 ст. 3 ЗПП 76. Наиме, по њему је признање за које суд свестан да је у „очигледној супротности са стварношћу“ неморално и противно је савешћу судије приморати га да заснује пресуду на таквог чињеничној подлози.³³ Стога, питање неистинитог признања заправо и нема никакве везе са дужности истинитих тврдњи, јер неистинито признање не мора уједно да представља лаж. За ово последње је нужна свест онога ко признаје, што хипотетички није увек присутно код неистинитог признања. У сваком случају, овај став колико год да звучао здраворазумски, па и теоретски плаузибилан, није без приговора. *Трива* за једну суштински исту ситуацију негира позив на ову аргументацију, јер за случајне резултате доказивања, као што је речено, он изричито негира могућност да их суд искористи уколико се странке не позову на њих. Међутим, зар то није исто тако „противно савести судије“ да заснује пресуду када зна да чињенична подлога не одговара „стварности“, односно зар то није исто тако неморална диспозиција странака, јер не треба заборавити и да *неистицање тврдњи* има значај располагања идеалним чињеничним стањем?³⁴ Стога је схватање које готово сви остали заступају, а то је да нити постоји везаност суда признањем тврдњи за које се испостави да није истинито, нити да суд не сме да користи случајне резултате доказивања, у потпуности доследно, с обзиром да се базира на основној премиси да суд не сме да буде приморан да доноси пресуду ако је управо свестан да чињенично стање не одговара реалности. На крају, што се тиче образложења неуважавања признања које је неистинито, *Маркићевих* има аутономну позицију у односу на остатак литературе. С обзиром да је упознат са основним проблемима неистинитог признања у немачкој доктрини, он и поставља проблем односа одредбе о признању тврдњи и других одредаба. Но, то не чини као *Трива*, па да сматра да је неистинито признање по себи недопуштена диспозиција, већ се позива на ноторне чињенице. Наиме, он сматра да чим суд сам утврди на основу резултата расправљања да је признање тврдњи неистинито, такво његово утврђење постаје ноторна чињеница, јер су ноторне чињенице и оне које су суду познате из његовог рада (тзв. судске ноторне чињенице) а не само класичне општепознате чињенице. Па како ноторност иде испред признања тврдњи – за њих не важи никако расправно начело – онда и суд није везан таквим признањем.³⁵ Исто тако, дужност истинитих тврдњи је апсолутна, па сматра да се не може прихватити немачка доктрина само о забрани штетног поступања по противника, а не по себе; друштвени интерес захтева да се не дозволи формирање чињеничног стања које не

³² *Juhart Pravnik XII* (1957), 202 (218).

³³ *Трива*, ГПП I², 133; *Трива/Белајец/Дика*⁶, 137 и след.

³⁴ То је за *Триву* иначе и неспорно, јер он заступа став о „посредном располагању предметом спора“ кроз непостављање тврдњи; уп. *Трива*, ГПП I², 100; *Трива/Белајец/Дика*⁶, 106.

³⁵ Поштење и савесност, 140.

одговара стварности, па и ако странке то желе.³⁶ Свакако да је позадина самог схватања *Маркићевића* централна вредност истине и немогућност да странке са њом располажу. То што странке могу да располажу предметом спора не мења ништа, јер је посредно располагање кроз неистинито признање заобилазно, а лаж је редовно у служби недозвољеног интереса.³⁷

Познић је, међутим, и поред преузимања резултата *Тривиног* схватања – суд није везан онда када посумња у истинитост признате тврдње – у делу који се тиче начела материјалне истине, у истом Коментару у делу који се тиче признања изнео супротан став. Ту је истакао да дејство признања тврдњи настаје и када призната тврдња није истинита.³⁸

2. Постојање прећутног признања тврдњи у ЗПП 56/76

А. Теза о негативној литисконтекстацији

ЗПП 56 није преузео одредбе Грпп које би се односиле на неизјашњавање странке на противникове тврдње, иако је задржао општу дужности странака да се изјасне (чл. 288 ст. 1 ЗПП 56, одн. чл. 299 ст. 1 ЗПП 76). Тиме се и поставило питање изостанка изјашњавања.

Јухарт је изричито, у складу са германским концептом, видео у наведеној одредби терет изјашњавања, и изричито се изјаснио да он постоји – неизјашњавање странке подразумева да тврдње противника не треба доказивати.³⁹ Супротно, остатак доктрине у решавању овог проблема није довео у везу изричито прописану дужност странке да се изјасни на наводе противника, већ се све сводило на питање афирмативне или негативне литисконтекстације. Чини се да је владајуће мишљење било да важи систем негативне литисконтекстације,⁴⁰ са посебним образложењем да је она у складу са појачаном тежњом за истином у југословенском поступку.⁴¹ Управо овај аргумент је и разлог због којег се мисао о негативној литисконтекстацији није ни доводила у питање у доктрини, а колико је познато, судска пракса никада се није изразила у правцу схватања о прећутном признању тврдњи у случају неизјашњења странке. Према томе, празнина у погледу регулисања последице неиспуњења дужности је попуњена вредновањима „начела материјалне истине“.

И поред наведеног, теза о негативној литисконтекстацији је у делу литературе који је узимао у обзир редакцију Грпп, али и стање у упоредноправним системима, била је релативизирана кроз решавање проблема изјава са незнањем. Наиме, ЗПП 56 није преузео одредбу из Грпп о процесном значају таквих изјава, па је правна

³⁶ Поштење и савесност, 139.

³⁷ Поштење и савесност, 140 и след.

³⁸ Коментар, 575.

³⁹ Уп. *Juhart Pravnik XII* (1957), 202 (210/211)

⁴⁰ *Познић*, Коментар, 576; у резултату исто и *Трива/Белајец/Дика*⁶, 122; *М. Марковић*, ГПП I/2, 15; за схватање да је став о негативној литисконтекстацији био владајући и *Г. Станковић* ПИ 10/2013, 45 (48/49).

⁴¹ *Познић*, Коментар, 576

празнина и уочена. Већинско схватање је заправо стање у ЗПП 56/76 решавало у складу са предратним, тј. аустријским концептом – суд је требао да цени да из такве изјаве произилази прећутно признање тврдњи, или (прећутно) оспоравање.⁴²

Б. Механизам пресуде због изостанка

Пресуда због изостанка је и поред почетног анимозитета прихваћена у југословенском праву. Она је била могућа само против туженог, и то уколико би изостао са припремног рочишта, или ако се није одржавало првог рочишта за главну расправу, а да претходно није поднеском оспорио тужбени захтев. Уз то, она се доносила само ако би из тужбе произилазила основаност тужбеног захтева.

Тотална пасивност туженог се у смислу механизма пресуде због изостанка схватала у заиста владајућој теорији⁴³ и пракси⁴⁴ као прећутно признање тврдњи, с тим да је било образложења и да се „изостанком оспоравања тужбеног захтева наводи тужиоца сматрају истинитим.“⁴⁵

Конструкција пресуде због изостанка била је суштински иста као и у Грпп, уз наравно другачији вид „изостанка“ туженог. Стварањем основног услова за њено доношење, како је речено, стварала се фикција да тужени признаје наводе тужбе. За њено доношење даљи фундаментални услов је била конклузивност тужбе. Стога изостанак туженог није подразумевао фикцију признања тужбеног захтева,⁴⁶ већ се на тврдње тужбе примењивало материјално право.⁴⁷

Нема сумње да је постојање пресуде због изостанка онако како је и сам ЗПП предвиђао била потврда постојања ублаженог расправног начела. Пресуда се доносила *само* на основу тврдњи тужиоца и прећутног признања туженог без потребе „утврђивања истине“,⁴⁸ тј. она је била манифестација воље странака.⁴⁹ Тамо где странке нису имале право располагања својим субјективним правима ван поступка, суд није био везан неспорним тврдњама, па тако ни пресуда због

⁴² Тако изричито *Трива*, ГПП I², 402; *Трива/Белејец/Дика*⁶, 402; *Познић*, Коментар, 576/577. С друге стране је *Јухарт* понудио заправо две опције без коначног опредељења, а то је наведена предратна, или узимање да изјава са незнањем има значај прећутног признања; уп. *Juhart Pravnik XII (1957)*, 202 (210). Супротно једино *М. Марковић*, ГПП I/2, 15, који је кроз тезу о „неутралним изјавама“, у које спада је само изјава са незнањем, већ и неизјашњење уопште, сматрао да ту нема говора о прећутном признању.

⁴³ *Познић*, Коментар, 776; *Трива/Белајец/Дика*⁶, 497; *Старовић/Кеча*³, 365; *Маркићевић* Гласник АКВ 7/1961, 10 (16); *Цуља* у: *Цуља/Трива II*, 125; *Ђуровић*, 136. Супротно међутим *Цуља* у свом уџбенику, уп. ГПП ФНРЈ, 455 и след.

⁴⁴ *СС ЗСО XXII-1997-126 = ИСП 10/1998-76; ВСС Рев 2873/97 Билтен ВСС 4/1997, 31 = ЗСО XXII-1997-127; ВСХ Гж 1048/68 НЗ 22 (1968), 420; ВрхПС Сл. 614/67 НЗ 22 (1968), 91; ВСС НС Гж 1498/65 Гласник АКВ 4/1966, 27; ВСМ ЗСО III/1-1958-82.*

⁴⁵ *СС ЗСО II/3-1977-344 = Збирка II/1783; ВСБХ СП 2/1992-95.*

⁴⁶ В. горе § 15 III 4 фн. 65; изричито и *ВСХ Гж 1048/68 НЗ 22 (1968) 420*. Супротно, да се ради о фикцији признања захтева *Цуља*, ГПП ФНРЈ, 455 и след.; *Радоман* Гласник АКВ 5/1961, 2 (5/6) – критички и аргументовано против *Маркићевић* Гласник АКВ 7/1961, 10 (14 и след.).

⁴⁷ Уп. *ВСВ ЗСО VIII/2-1983-163*.

⁴⁸ У том смислу *ВСЈ ЗСО X/1-1965-43; IX/2-1964-191*. У обе пресуде се негира доношење пресуде због пропуштања у парницама у којима нема права располагања, па се пресуђење мора заснивати на „правом чињеничном стању“. Уп. и *ВишиПС у Загребу ПСП 3-1973-339*.

⁴⁹ У том смислу *Познић*, Коментар, 786; *Трива ЗбоЗГ 10 (1960), 286 (290 и след.)*.

изостанка није долазила у обзир.⁵⁰ Једноставно, у споровима где није важило ублажено расправно начело, није ни било могућности за пресуду због изостанка.⁵¹ Поред супротности са ноторним чињеницима, изузетак везаности суда прећутним признањем тврдњи од стране туженог је била и била противуречност навода тужиоца и приложених доказа (чл. 321 ст. 1 т. ЗПП 56, одн. чл. 332 ст. 1 т. 5 ЗПП 76). Ван тога, суд је био дужан да донесе пресуду због изостанка онда када је тужба конклузивна. Дакле, довољно је било да из тврдњи тужиоца произилази основаност тужбеног захтева, и ништа више.

Негативни услов за доношење пресуде због изостанка у виду непостојања противуречности навода тужбе и приложених доказа је, међутим, у добром делу праксе тумачен тако да тужилац мора да наведе или приложи доказе за своје тврдње.⁵² Још радикалније и – према *Триви* – „апсурдније“ је било тумачење да је услов за доношење пресуде прилагање доказа, и то управо с позивом на услов конклузивности тужбе.⁵³ Управо оваква пракса може бити показатељ неуважавања смисла ублаженог расправног начела, односно тежње за доношењем пресуда које ће бити засноване на „доказаном чињеничном стању“. У том смислу је пракса имала свест о нужности „материјалне истине“, што је у резултату свакако било *contra legem*, на шта је и литература указивала.⁵⁴ С друге стране, ово је показатељ да није постојала свест о појму конклузивности, јер се он изричито поистовећивао са питањем „доказаности“, што нема везе са њим.

Да је уређење пресуде због изостанка био чист израз ублаженог расправног начела, показује и уређење поступања у случају када постоји пасивност туженог која је услов за доношење пресуде због пропуштања, али када је тужба неконклузивна. ЗПП 56/76 је изричито предвиђао да ће се тужба одбити, али само ако она „не буде преиначена“.

III. Извођење доказа

Нарочит значај судијској активности, и то као израз начела материјалне истине, давао се подручју доказивања. Суд је имао поред дужности да истинито и потпуно утврди спорне чињенице, и овлашћење да изводи све доказе по сл. дужности. У том смислу се из данашње перспективе поставља питање значаја наведених одредби, што у крајњој линији треба да да одговор на питање признавања субјективног терета доказивања. Уз то, као релација дужности суда да „истражује истину“ и слободе странака, предратни концепт принципа заједнице доказа је добио нову садржину.

⁵⁰ Тако изричито *ОКС НС* Гж 2980/02 Билтен *ОКС НС* 6 (2003), 92 (93) везује везаност за неспорне тврдње и могућност доношења пресуде због изостанка.

⁵¹ Уместо свих *Познић*, Коментар, 786.

⁵² Уп. *Познић*, Коментар, 786 фн. 3165.

⁵³ Уп. *ВСХ ПСП* 9-1976-293: једна од претпоставки за доношење пресуде због изостанка је и да основаност тужбеног захтева произилази из чињеница наведених у тужби, а она се није остварила ако тужилац који тражи накнаду неимовинске штете не придонесе никакве доказе да је такву штету трпео. За критику уп. *Трива/Белајец/Дика*⁶, 500; *Познић*, Коментар, 786.

⁵⁴ *Трива/Белејец/Дика*⁶, 500; *Познић*, Коментар, 786.

1. Постојање субјективног терета доказивања

Требало би најпре истаћи да питање терета доказивања уопште није заокупљало пажњу доктрине као што је то случај са германском доктрином. О томе је у литератури већ исцрпно писано.⁵⁵ Треба, ипак нагласити да није била толико присутна и афирмисана подела терета доказивања на субјективни и објективни. Ипак, део доктрине – пре свих *Јухарт* и *Познић* – акценат је стављао на објективни терет доказивања.⁵⁶ О субјективном терету није било пуно речи због постојања овлашћења суда да изведе доказе које странке и нису предложиле. Међутим, управо у том контексту се може поставити питање да ли је постојао субјективни терет доказивања. Другим речима, да ли је овлашћење суда да изводи доказе *ex offio* било његова дужности, или само дискреционо овлашћење.

А. Литература

У доктрини се ретко заузимао експлицитан став о значају чл. 6 ст. 3 ЗПП 56, одн. чл. 7. ст. 3 ЗПП 76. Чешће се наглашавало овлашћење суда да и против воље странака може да изведе доказе у погледу спорних тврдњи, јер то произилази из његове дужности да их истинито и потпуно утврди.⁵⁷ Тиме се недвојбено стварао призивак праве дужности суда, што би имало за последицу негацију субјективног терета доказивања. С друге стране, *Познић* се изричито позабавио овим проблемом, закључујући да овлашћење суда није изузетног карактера,⁵⁸ што би значило да он иде у смеру негирања субјективног терета доказивања.⁵⁹ *Грађански* је концепцијски најјасније изразио смисао чл. 6 ст. 3 ЗПП 56 истичући да странке у социјалистичком поступку, какав је по њему ЗПП 56, немају било какав терет доказивања.⁶⁰

Негирање субјективног терета доказивања није било могуће одбранити у систему где и извођење доказа по сл. дужности зависи од предујма трошкова доказивања. У томе се и види концепцијска противуречност свих оних који су апсолутно негирани субјективни терет доказивања. Јер, како је могуће рећи да странке немају никакав терет, уколико при томе од полагања преудујма зависи извођење доказа, који је притом и једини? Или је суд требао *contra legem* да изведе доказ и без полагања предујма, како би „утврдио истинитост спорне чињенице“, или је требало отворено признати постојање, макар и ублажене одговорности странака. Како ће се показати, сама судска пракса је тако поступала.

⁵⁵ Уп. *Цини* Збо ЗГ 40 (1990), 175 и след.; *исти* ЗбоЗГ 40 (1990), 289 и след.; *исти* ЗбоЗГ 40 (1990), 731 и след.; *Узелац*, Терет доказивања, 277.

⁵⁶ Уп. већ *Познић*, т. 380. Тек касније пажњу науке заокупља концепт објективног терета доказивања, али не у мери да се уопште говорило о кључним проблемима: теоријско превладавања *non liquet*-а и квалификовање импедитивних чињеница; уп. *Чалија* ГСа XXXIII (1986), 9 и след.; *Буричин* Право 7-8/1995, 67 и след. Тек *Цини* Збо ЗГ 40 (1990), 175 и след., „отвара“ ово питање.

⁵⁷ Уместо свих *Цуља*, ГПП ФНРЈ, 87.

⁵⁸ Коментар, 28.

⁵⁹ Уп. и *Познић/Ракић-Водинелић*¹⁵, т. 440.

⁶⁰ Гласник АКВ 1/1964, 1 (10 и след.).

Б. Судска пракса

У пракси се може наићи на посредне и непосредне ставове о овом проблему, који ипак нису јединствени.

С једне стране је схватање које одриче постојање субјективног терета доказивања у систему ЗПП 56/76.⁶¹ У истом смеру иде и СС када напомиње да, ако смо добро разумели, субјективни терет доказивања је могућ само онда када материјалноправна норма предвиђа „терет доказивања“, а иначе он не постоји.⁶² Овај став је био погрешан, јер је прелазео преко праве природе таквих норми материјалног права. Оне нису ни тада биле, нити су сада, норме о доказивању, већ чисте норме о расподели објективног терета тврдње и доказивања, без обзира на своју редакцију.⁶³ Да је тако како је СС сматрао, постојала би унутрашња противуречност која није заснована на било каквим стварним разлозима. Касније, пред крај важења ЗПП 76 СС понавља своју основну мисао о комбинацији расправног и истражног начела и потенцира изричито негацију субјективног терета доказивања.⁶⁴ Иста мисао би могла да се припише и пракси која је негирала постојање објективног терета доказивања. Наиме, уколико се није прихватио *non liquet* и након доказивања, и то с позивом на „начело материјалне истине“,⁶⁵ тешко да би се прихватио *non liquet* у случају да странка није предложила доказе. На крају, у неким пресудама се апострофира дужност суда да изведе све (познате) доказе, са цитирањем чл. 6 ЗПП 56, одн. чл. 7 ЗПП 76.⁶⁶

И поред наведеног, што би одговарало данашњем означавању система ЗПП 56/76 као инквизиторном, постоје и изражени ставови у пракси који су другачије схватили однос дужности истине и овлашћења извођења доказа *ex offio*. Тако је *ВрхПС* изричито сматрао да је наведено овлашћење суда „изузетног карактера“, не и дужност, па ако странка и након упозорења суда не предложи доказе, то неће бити разлог за укидање пресуде.⁶⁷ У резултату је то заправо и данашње владајуће схватање у немачком праву у смислу доктрине о избору суда (упућивање или извођење доказа).⁶⁸ Уз ово схватање, много мање као теоријски концепт, а више као нужност пат позиција тоталне пасивности странке која истиче тврдње, судови су пресуђивали директно на основу субјективног терета доказивања, дакле без било каквог доказивања. У све три пресуде које се приказују наглашава се одговорност неделатне странке у погледу предлагања доказа, или полагања предујма, и то с

⁶¹ *ОКС Пожаревац* Гж 184/03 Билтен ВСС 2/2003.

⁶² ЗСО III/1-1978-79 = Збирка II/1734.

⁶³ В. горе § 4 I 2 А.

⁶⁴ Гзс 48/00 СППС 2/2001, 141:“ Терет доказивања није само на странкама, већ је и суд дужан да се стара о правилном и потпуном утврђењу чињеничног стања, јер за то има одређена овлашћења независно од предлога странака (чл. 7 ЗПП).“

⁶⁵ *ВСВ* Рев 84/90 Гласник АКВ 7-8/1990, 54 = СП 6/1990-95; Гж 864/69 Билтен ВСС 17 (1970) 27 = Гласник АКВ 12/1970, 25; *ВСМ* ЗСО I/1-1956-152. Критички против *Познић*, Коментар, 583.

⁶⁶ Уп. *СВС* Рев 324/58 ПЖ 11-12/1958, 58 = ЗСО III/2-1958-279; *ВСБХ* ЗСО VI/1-1981-15.

⁶⁷ ПСП 1-1972-317; уп. и *ВрхПС* ЗСП 5/6-1972-452.

⁶⁸ В. горе § 9 IV 2.

позивом на одредбе које изражавају субјективни терет доказивања. Тако *ВСБХ* наглашава да тужени који истиче – и то сасвим неодређено! – постојање чињенице која му иде у прилог, а не предлаже доказе и не појављује се на рочиштима, крши начела ЗПП 76 (чл. 7, 9, 219) и потврђује пресуду на основу „терета доказивања“.⁶⁹ Слично и *ВСС*, када истиче да

[у] ситуацији када тужени-противтужилац као неделатна странка противно својој обавези из чл. 7 ст. 2 ЗПП, није омогућио суду да о одлучним чињеницама образује уверење, сам сноси ризик недоказаности. Сопствене тврдње је тужена странка требала да поткрепи таквим доказима који омогућавају да се провери њихова оправданост. Ово и зато што је суд дужан да узме за недоказану ону тврдњу за чију истинитост странка није могла суду пружити довољно адекватних доказних средстава (чл. 221а ЗПП). Према одредби чл. 7 ст. 3 ЗПП, суд јесте овлашћен да изведе и доказе које странке нису предложиле, ако су ти докази од значаја за одлучивање. Иако иницијатива за употребу доказних средстава, дакле није препуштена само странкама, докази се редовно изводе на предлог странака. Међутим код потпуног одсуства иницијативе по питању извођења доказа, не може се говорити о изостајању доказивања, већ о сношењу ризика недоказаности, који у конкретном случају стоји на страни туженог-противтужиоца.⁷⁰

У оба случаја је евидентно да су судови признали одговорност странака, и то у оном делу у којем је било и најспорније – субјективни терет доказивања. С друге стране, поштујући доследно правила ЗПП 76, *ОкС* у *Сиску* изричито истиче да одбијање полагања предумја подразумева престанак дужности суда да се стара за потпуно и истинито утврђење спорних чињеница. Ово у крајњој линији „одустајање од начела материјалне истине“ и сваљивање крајње одговорности на странке ставља у контекст приватне аутономије, јер истиче да

у начелу признато право слободног диспонирања правима, чија се заштита у парничном поступку остварује (чл. 3 ст. 1 и 2 ЗПП [76]), добија свој процесни израз и у питању обезбеђења услова за извођење доказа, а то се у конкретном случају односи на полагање преудја за по жалитељу предложено вештачење, па је због тога и првостепени суд оправдано одустао од извођења доказа вештачењем за чије извођење није тужени био вољан обезбедити потребна средства.⁷¹

Сходно изложеном, данашње опште место да је тадашња пракса негирала не само субјективни терет тврдње, већ уопште и објективни терет тврдње, треба барем релативизовати и узети са резервом. Свакако да пракса није гајила симпатије према терету доказивања, за шта сведоче чувене одлуке да је *non liquet* и пресуђење на основу ризика недоказаности немогуће у парничном поступку где важи „начело материјалне истине“. Исто тако, није било симпатија за пресуђење на основу одговорности странака. Међутим, у одређеним кризним ситуацијама, и то пре свега у случају тоталне пасивности туженог, судови су пресуђивали на основу субјективног терета доказивања – спор је губила странка зато што није предложила

⁶⁹ *ВСБХ* СП 11/88-102.

⁷⁰ *ВСС* Прев 227/97, Гласник АКВ 5/1998, 218.

⁷¹ *ОкС* у *Сиску* СП 9/90-102.

нити један доказ, односно није положила предујам. Уз то, како је речено *ВрхПС* је суштински признавао субјективни терет доказивања.

2. Принцип заједнице доказа

Тзв. принцип (начело) заједнице доказа (*Prinzip der Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel*) развијен је још у доктрини општег права. Подразумевао је да се резултатима конкретног доказа може користити и противник странке која га је и предложила. У домаћу доктрину овај принцип уводи *Цуља* у време Грпп и одређује га као тезу да доказивање иде увек у корист обеју странака, без обзира на то која је странка понудила доказ; због тога се странка не може једнострано одрећи ни „свог“ доказног средства ако се оно већ налази пред судом.⁷² У овом смислу се принцип односи на једнострано одрицање од доказног предлога који је усвојен – донето је доказно решење – како се и данас резонује у аустријском праву.⁷³ Међутим, за систем ЗПП 56/76 заједница доказа, с обзиром на новоуспостављено начело материјалне истине, добија нову аргументацију и садржину. Поред предратне аргументације,⁷⁴ *Цуља* уводи у игру и интерес материјалне истине и дужност суда, па истиче да заједница доказа подразумева да се странке никако не могу одрећи још неизведеног доказа, јер суд може да изведе све доказе по сл. дужности, па макар се и странке томе противиле.⁷⁵ Дакле од иницијалне забране једностраног повлачања/одрицање доказног предлога, дошло се до забране и заједничког одрицања.

IV. Судијска дужност питања

1. Садржај дужности питања у литератури

Судијска дужност питања која је у ЗПП 56/76 била готово идентична као и у Грпп, у њеном разрађивању није ни изблиза била развијен институт, поредићи је са немачким и аустријским стањем. О њеном оправдању је већ било речи, па је и наведено да већина литературе – због непостојања свести о терету тврдње – и није препознала њен смисао. На то се само надовезује и схватање саме садржине ове дужности суда. Обратно, они који су схватили парнични поступак у складу са концепцијом објективног терета тврдње – свакако *Јухарт*, а донекле и *Трива* – позабавили су се и суштинским питањима садржине института, где спадају пре свега повод и границе дужности питања.

Јухартово схватање је класично немачко и аустријско одређење садржине дужности питања. Пре свега он у погледу постављања питања која се односе на тврдње раздваја она која се тичу разјашњавања, и она која се односе на санирање дефицита. Тако, уколико су тврдње недовољно супстанциране, и то након

⁷² ГПП КЈ, 547.

⁷³ Уп. *Fasching*², Rn. 905; *Rechberger* in: *Rechberger*, ZPO³, vor § 292 Rn. 11.

⁷⁴ Тако и *М. Марковић*, ГПП I/2, 141/142.

⁷⁵ ГПП ФНРЈ, 316.

оспоровања противника, суд је дужан да упути странку да појасни своје тврдње. Исто тако уколико су њени наводи сами противречни.⁷⁶ С друге стране, у случају дефицита тврдњи суд треба да укаже странци на њих, јер у супротном се доноси пресуда против ње – објективни терет тврдње. У погледу пресудног питања када постоји уопште дефицит, тј. дужност суда, *Јухарт* излаже и данас владајући германски концепт. То ће бити случај када из дотадашњих навода странака произилази ослонац за питање; дужност суда не иде тако далеко да суд треба да указује странкама на све теоријски могуће правне оцене спора.⁷⁷ Део дужности који се тиче доказних предлога *Јухарт* доводи заправо у везу са забраном истраживачког доказивања, с обзиром да наводи да суд изводи познате доказе *ex offio*, а за оне које не зна, пита странке да их предложе или означе.⁷⁸

Познић, додуше у постухмно издатом Коментару, види садржину дужности питања у настојању суда да се разјасне нејасни наводи, или да се изнесу и друге чињенице и докази који су за њега важни. Већи акценат он ставља на начин испуњавања ове дужности; суд не сме да се обраћа странци тако да јој ставља одговоре у уста, нити сме да јој поставља сугестивна питања; исто тако он не сме да инсистира да странка активно реагује на његову иницијативу, јер „расветљавање чињеничног стања у парничном поступку јесте дужност суда, а не истраге“.⁷⁹

У остатку литературе садржина дужности питања суштински није ишла даље од понављања законске одредбе.⁸⁰ У том смислу се може се рећи да она није била ни схваћена, јер је изостало стварно довођење у везу са контекстом због којег пре свега и постоји. Наиме, иако је редом она истицана као поклататељ да нема говора о чистом расправном начелу, односно да суд није пасивни посматрач, није дошло до њеног везивања за објективни терет тврдње. Јер, дужност питања је иманентна терету тврдње и служи ублажавању одговорности странака коју оне имају кроз њега. Но, како је концепт терета тврдње био суштински непознат управо у овом делу литературе, ни дужност питања није могла да се развије у правом смеру. Управо због тога је и она схватана само као средство суда за утврђивање истине, и било је везивано пре свега за начело материјалне истине. Томе у прилог је ишло и догматичко сврставање дужности питања у инквизиторну функцију суда.⁸¹ Исто тако је и са судијским питањима у погледу доказа. Чини се да је овлашћење суда да изводи доказе по сл. дужности чинило излишним свако проблематизовање овог дела материјалног управљања парницом. Међутим, простора за такво проблематизовање

⁷⁶ *Juhart Pravnik XII* (1957), 202 (221/222).

⁷⁷ *Juhart Pravnik XII* (1957), 202 (221).

⁷⁸ Уп. *Juhart Pravnik XII* (1957), 202 (229).

⁷⁹ Коментар, 709.

⁸⁰ Уп. *М. Марковић*, ГПП I/1, 86 и след.; *исти*, ГПП I/2, ; *Камхи*, ГСП³, 380; *Цуља*, ГПП ФНРЈ, 258, 428 и след.; *Трива* у: *Цуља/Трива*, Коментар II, 49; *исти*, ГПП I², 460 и след.; *Трива/Белајец/Дика*⁶, 455 и след.; *Д. Петровић* у: *М. Јанковић и др.*, Коментар³, 319; *Старовић/Кеча*³, 323 и след.; *Чалија* ГСа XX (1972), 183 (194). За нешто садржаније приказивање, али ипак без одређивања повода и граница дужности питања уп. *Д. Петровић* *Анали* IX (1963), 170 и след.

⁸¹ Тако *Чалија* ГСа XX (1972), 183 (196). Изгледа у том смислу и *Трива*, с обзиром да напомиње да постоје инквизиторна овлашћења суда у погледу чињеница, не мислећи тиме на област недозвољених диспозиција; уп. ГПП I², 141; *Трива/Белајец/Дика*⁶, 143.

је итекако било, с обзиром на забрану истраживачког доказивања. Како је то *Јухарт* и показао, овлашћење суда да изводи доказе *ex offio*, па макар се схватило и као дужност, било је ограничено на њему познате доказе, што је произилазило само из садржаја расправе. Дужност питања је у том контексту била усмерена управо на провоцирање странака да предложи или означе доказе који до сада нису ни споменути.

2. Садржај дужности питања у судској пракси

У судској пракси дужност питања није играла никакву улогу. Од почетног цитирања одредбе, и то као налог судовима како да санирају непотпуно чињенично стање, дошло је до ишчезавања било каквог спомена. О било каквом заузимању ставова поводом садржине дужности и њених граница нема речи, барем не у објављеним одлукама. Једини изузетак је већ цитирана одлука *СВС* у којој се ставља у контекст дужност питања са теретом тврдње, али ни у њој се не даје појашњење њене садржине.⁸² С обзиром да у том предмету и није била истакнута повреда дужности питања, изјашњење у *СВС* строго формално и није било потребно.

3. Забрана пресуде изненађења

Из данашње перспективе српске, пре свега, стручне јавности, произилазило би да је концепт забране пресуђења био непознат у време важења ЗПП 56/76. Он као институт није постојао у уџбеницима на којима су се генерације школовале.⁸³ С обзиром на језик, ипак, и овдашња јавност може да се увери да је он, ипак помало рудиментарно, постојао. Суштина *Тривиног* начела отвореног правосуђења је дужност суда да саопшти странкама своју правну оцену спора, како оне не би трпеле последице своје погрешне перцепције. Пресуда не сме због тога бити изненађење за странке које тек из ње сазнају да су се „бориле на погрешном колосеку“, и да нису усмериле своје тврдње и доказне предлоге у правом смеру.

И поред и пре *Тривиног* „Есеја“, забрана пресуђења у класичном германском смислу била је заокружени концепт у тадашњој доктрини. *Јухарт*, сасвим логично спрам свести о дужности питања уопште и доктринарне оријентације, преузима немачко схватање. На више места истиче да пресуда – очигледно на основу дефицита процесног материјала – не сме да буде изненађење за странке које су имале другу правну перцепцију спора.⁸⁴ Дужност је суда да странкама саопшти своје другачије правно схватање, и то како би странке прилагодиле томе своје тврдње и предлоге, за шта цитира § 139 нГрпп и немачку доктрину. Потом истиче да такав концепт постоји и у југословенском поступку, и то управо кроз дужност питања. Као додатни и доста репрезентативни аргумент истиче у закључку да

⁸² Уп. *СВС* ЗСО III/3-1958-441.

⁸³ У уџбеницима са простора Србије током целог периода нема спомена о пресуди изненађења.

⁸⁴ *Juhart Pravnik XII* (1957), 202 (223, 229).

[п]раво нема више религиозни карактер и суђење није магија. Савремени судија није члан понтификативног већа који би једини смео да зна тужбене формуле.⁸⁵

Када се има у виду изложено, нема сумње да је савремена идеја о забрани пресуде изненађења, тиме и основни смисао дужности питања, била уведена у југословенску литературу. Сасвим је друго питање због чега она није наишла на пажњу, расправе или преузимање.

V. Истражна овлашћења суда

1. Недозвољена располагања

Правила која су изражавала слободу и одговорност странака у погледу прикупљања процесног материјала нису важила у свим ситуацијама када је постојала сумња у погледу недопуштених диспозиција. Суд тада није био везан тврдњама странака и могао је да утврђује и чињенице које странке нису изнеле (чл. 6 ст. 4 ЗПП 56, одн. чл. 7 ст. 4 ЗПП 76), односно није био везан признањем тврдњи, па је тако могао и да одреди доказивање упркос признању (чл. 210 ст. 1 *in fine* ЗПП 56, одн. 221 ст. 1 *in fine* ЗП 76). Према добром делу доктрине у овим случајевима је важило „истражно начело“.

Под недозвољеним располагањима уопште се подразумевало страначко детерминисање резултата пресуђења које је вређало параметре из чл. 3 ст. 3 ЗПП 56/76. То је био пре свега случај када се радило о спору о правима у погледу којих у материјалноправном смислу нема права располагања.⁸⁶ Даље, то је и располагање које се противи неком принудном пропису, односно правној последици која је приписана таквом нормом.⁸⁷ Поврх тога, било је и схватања да располагања нема уколико је правни однос који је „предмет спора“ регулисан императивним нормама.⁸⁸ На крају, *Трива* наглашава да недозвољено располагање управо у контексту истражних овлашћења није ограничено само на спорове о односима регулисаним принудним прописима, већ и на такве диспозиције које су супротне моралу, а то су за њега, примера ради, увек свесна неистинита признања тврдњи.⁸⁹

Изузетак од важења везаности суда за тврдње и признање тврдњи свакако да је био образлаган њиховим смислом. Тиме што странке не износе чињенице, односно тиме што их признају, оне детерминишу посредно и садржину пресуђења. Како ни за располагања предметом спора није било дозвољено да странке својом вољом доведу до пресуђења које је супротно чл. 3 ст. 3 ЗПП 56/76, јасно је да се то није могло ни дозволити за тзв. посредне диспозиције.⁹⁰ У овоме се видео изричито

⁸⁵ *Juhart Pravnik XII* (1957), 202 (223).

⁸⁶ Уп. *М. Марковић*, ГПП I/1, 79; *Цуља у: Цуља/Трива*, Коментар I, 25.

⁸⁷ Уп. *М. Марковић*, ГПП I/1, 79; *Цуља у: Цуља/Трива*, Коментар I, 15, 25; *Познић у: Познић/Вражалић/Бачић*, т. 4 уз чл. 6.

⁸⁸ *Трива/Белајец/Дика*⁶, 137; *Рачић*, 261.

⁸⁹ *Трива*, ГПП I², 133; *Трива/Белајец/Дика*⁶, 137/138.

⁹⁰ Уп. *Трива/Белајец/Дика*⁶, 106.

јавни интерес и ирелевантност воље странака у погледу испитивања чињеница,⁹¹ што је само додатни показатељ да је, она, воља странака била пресудна у редновним случајевима. Међутим, мора се истаћи да даље залажење у проблематику недозвољених диспозиција кроз истражна овлашћења није постојало.⁹² *Познић* се, међутим, у одређеној мери подробније позабавио истражним овлашћењима суда за ове случајеве. Наиме, спрам редакције одредаба произилазило би да суд добија истражна овлашћења само када сумња да странке путем правила расправног начела желе да дођу до недопуштеног резултата. Он напомиње да редакција није одговарајућа и да је не треба схватити тако да истражна овлашћења суд има само када постоји намера странака, већ он има увек када постоји опасност да због важења расправног начела суд донесе пресуду којом изриче правну последицу супротну принудном пропису.⁹³

На крају, *Познић* изричито негира важење правила расправног начела онда када материјално право предвиђа да суд пази на неке чињенице по сл. дужности, што је пример са недостојности за наслеђивање (чл. 4 ЗН).⁹⁴ Управо за последњи пример резонују и *Антић/Балиновац* и истичу да за питање недостојности за наслеђивање важи „официјелна максима“, па је суд обавезан да самостално прикупља и проверава све чињенице и доказе од којих зависи постојање разлога недостојности.⁹⁵

2. Чињенице утврђене кривичном пресудом за које је парнични суд везан

У систему ЗПП 56/76 била је преузета предратна концепција везаности парничног суда у погледу чињеничних утврђења из кривичне пресуде којом се окривљени оглашава кривим, и то у погледу чињеничних утврђења која се односе на постојање кривичног дела и кривичну одговорност.⁹⁶ Везаност парничног суда је била схватана као непотребност доказивања. Међутим, код већине тај аспект није доведен у везу са ублаженим расправним начелом у смислу питања односа и његовог важења. Да ли је непотребност доказивања подразумевала само то да би суд преузимао утврђења кривичног суда, али да би странке ипак морале да кроз тврдњу унесу и ову чињеницу, или је то значило да суд има истражно овлашћење; и у другом аспект, да ли су странке могле да сагласним тврдњама супротно од утврђења кривичног суда вежу суд. Из става *Познића* да је повреда одредбе о везаности парничног суда у смислу неузимања у обзир апсолутно битна повреда

⁹¹ Уместо свих *Познић/Ракић-Водинелић*¹⁵, т. 245.

⁹² Ни *Познић* у свом монументалном Коментару нити даје неки пример, нити посебно улази у проблематику.

⁹³ Коментар, 27, 579.

⁹⁴ За непостојање дејства признање тврдњи ЗбоЗГ 10 (1960), 269 (275); уопште за истражна овлашћења Коментар, 27.

⁹⁵ *Антић/Балиновац*, Коментар ЗН, 115.

⁹⁶ О томе исцрпно *Познић*, Коментар, 45 и след.

поступка, на коју жалбени суд пази по сл. дужности, јасно се види и негирање ублаженог расправног начела у овом сегменту.⁹⁷

3. Ноторне чињенице

Према чл. 210 ст. 4 ЗПП 56, одн. 221 ст. 2 реч. 3 ЗПП 76 за општепознате чињенице није било потребе доказивања, па би их суд директно преузимао у чињенично стање пресуде. У погледу значаја ноторних чињеница у релацији са слободом и одговорности странака (терет тврдње и признање чињеница), већинско схватање је заправо признавало истражна овлашћења, односно „неважење расправног начела“.⁹⁸ Таквом ставу је у прилог ишла и одредба о условима за доношење пресуде због изостанка. Наиме, и поред тога што је она била заснована на идеји о прећутном признању тврдњи, она се не би донела уколико би тврдње тужиоца биле у супротности са ноторним чињеницама (чл. 321 ст. 1 т. 5 ЗПП 56, одн. чл. 332 ст. 1 т. 5 ЗПП 76). С позивом на ову одредбу већина литературе брани став о немогућности признања тврдњи противно ноторним чињеницама,⁹⁹ што је сасвим и у складу са схватањем о неистинитом признању уопште. Исту одредбу *Познић* користи за аргументацију да за ноторне чињенице не важи ни терет тврдње; суд ће искористити ноторну чињеницу у чињеничном стању без обзира што се она у поступку није истакла.¹⁰⁰ С друге стране *Џуља* и без осврта на наведено правило сматра да је ноторност најјачи од свих разлога који чине доказивање непотребним, па тако она иде испред признања тврдњи.¹⁰¹ На крају, као додатни али и суштински разлог за свој став, *Трива* наводи да би се у случају признања тврдњи супротно ноторној чињеници заправо радило о недозвољеној диспозицији (чл. 3 ст. 3 ЗПП 76); прихватање признања за које је очигледно да је нетачно било би у противности са савешћу судија и са моралом да пруже заштиту захтевима за које им је познато да у стварним односима странака немају никакве разборите подлоге.¹⁰² Без позивања на недозвољено располагање *М. Марковић* суштински исто аргументује: не може се захтевати да суд затвори очи пред истинитим чињеницама.¹⁰³

Супротно схватање у погледу признања тврдњи противно ноторним чињеницама је заступао само *Грубшица*. У свом, за то време доста радикалном чланку у којем критикује *Џуљино* схватање, истиче и да ноторност једне чињенице никако не иде испред признања тврдњи. Аргумент да код ноторних чињеница нема

⁹⁷ Уп. Коментар, 57: одредба чл. 12 ст. 3 ЗПП 76 је принудна, и суд је дужан да је примењује независно од воље странака.

⁹⁸ *Juhart Pravník XII* (1957), 202 (225); *Џули* ЗбоЗГ 40 (1990), 289 (292); *М. Марковић*, ГПП I/1, 85; *Познић*, Коментар, 29, 581; *Џуља*, ГПП ФНРЈ, 321; *Маркићевић*, Поштење и савесност, 140; *Трива/Белајец/Дика*⁶, 163.

⁹⁹ *Juhart Pravník XII* (1957) 202 (225); *Трива* ГПП I², 139; *Трива/Белајец/Дика*⁶, 142.

¹⁰⁰ Коментар, 581.

¹⁰¹ ГПП ФНРЈ, 321; њега следе *З. Буровић*, 61 и *Маркићевић*, Поштење и савесност, 140, с тим да се последњи позива и на део немачке доктрине (*Никиси* [Nikisch] и *Шенке* [Schönke]); према *Познићу* (Коментар, 574) признање нема никада важност када за неку чињеницу не постоји потреба за доказивањем на основу других одредаба (општа и судска ноторност, презумпција).

¹⁰² *Трива/Белајец/Дика*⁶, 163.

¹⁰³ ГПП I/1, 85.

потребе за доказивањем не значи истовремено и његов примат.¹⁰⁴ У суштини *Грубшиша* само доследно развија своје схватање о расправном начелу у којем признање тврдњи везује суд и које се, осим у случају успешног опозива, не може испитивати. За њега је то „свакако једна од концесија праву диспозиције странака“ и ради се у ствари о везаности суда за један извор сазнања, што је заправо једно доказно правило.¹⁰⁵ Оно што се може приговорити *Грубшиши* јесте да није узео у обзир казуистичко правило за прећутно признање и већ присутно схватање доктрине поводом тога, које он ни не спомиње.

На крају, *Бачић* је признавао терет тврдње и за ноторне чињенице, па би, осим ако нешто другачије није прописано, суд могао да користи ноторне чињенице само ако би их странке навеле.¹⁰⁶

4. Породичноправни спорови

Већ према ЗПП 56 за брачне спорове је било искључено ублажено расправно начело, јер је било предвиђено да „чињенице на којима странка заснива свој захтев у брачном спору суд може утврђивати и кад те чињенице нису међу странкама спорне“ (чл. 406 ст. 1), односно пресуда због изостанка није била дозвољена (чл. 406 ст. 2). Доктрина је спрам цитираних одредаба одрицала терет тврдње и дејство признања тврдњи само у контексту забране да се разведе или поништи брак и противно стварном стању. Отуда суд није био везан признањем тврдњи из којих произилази само основаност захтева¹⁰⁷, али исто тако је имао и истражна овлашћења у погледу чињеница које чине захтев неоснованим. Основна идеја оваквог схватања наведених одредаба је била та, да странке не могу својом вољом путем правила расправног начела да издејствују развод или поништај брака, али је то био и израз тежње за очувањем брака.¹⁰⁸ Но, то није важило за спор повод поништаја брака због апсолутне ништавости, јер је тада суд имао неограничена истражна овлашћења.¹⁰⁹ Сличан резон је постојао и за патернитетске парнице, па је тако интерес детета да не изгуби брачни статус утицао на истражна овлашћења суда и слободу и одговорност странака. Примера ради, признање тврдњи које иде у прилог очувању брачног статуса детета је везивало суд, и *vice versa* за чињенице које не иду у прилог томе.¹¹⁰

Са променама у законодавној компетенцији и преласком надлежности за уређивање породичноправних односа укључујући и парничне поступке на републике, и одредбе ЗПП 56 су са ступањем на снагу посебних републичких закона престале да важе. Србија је 1980. г. донела свој Закон о браку и породичним односима (ЗБПО) у којем је преузето решење из ЗПП 56 за брачне спорове. Схватање које је постојало за време ЗПП 56 и до доношења ЗБПО *Познић* је

¹⁰⁴ ОДВ 1961, 305 (311).

¹⁰⁵ ОДВ 1961, 605 (312).

¹⁰⁶ Уп. *Бачић* у: *Познић/Вражалић/Бачић*, т. 7 уз чл. 210.

¹⁰⁷ Уп. *Познић* у: *Познић/Вражалић/Бачић*, т. 2 уз чл. 406; *Трива* ЗбоЗГ 7 (1957), 314 (321 и след.).

¹⁰⁸ Уп. *Цуља* у: *Цуља/Трива*, Коментар II, 364; *Трива* ЗбоЗГ 7 (1957), 314 и след.

¹⁰⁹ *Цуља* у: : *Цуља/Трива*, Коментар I, 24.

¹¹⁰ Уп. *Цуља* у: : *Цуља/Трива*, Коментар II, 377/378.

консеквентно заступао и након тога, што су други и прихватили. Тако је суд у брачним споровима имао истражна овлашћења у поступцима ради ништавости брака, јер се ради о питањима јавноправне природе. Супротно у поступцима ради развода брака суд је имао истражна овлашћења заправо *in favorem matrimonii*. Јер, он није био везан признањем тврдњи из којих произилазе разлози за развод. Исто тако, суд је могао да узме у обзир и чињеницу коју странке нису изнеле, али само ако говори у прилог одржавању брака.¹¹¹ Разлог за овако схваћено „истражно начело у брачном спору“ је јавноправне природе – заинтересованост државе за питање пуноважности брака и његовог одржања.

За патернитетске и матернитетске спорове било је изричито предвиђено само да суд није везан за признање тврдњи, као и да пресуда због изостанка није допуштена. Ипак, посредно се говорило о истражним овлашћењима и дужности суда да изведе доказе по сл. дужности без обзира на вољу странака и полагање предујма.¹¹² На крају, за трећу посебну врсту поступка у породичним стварима – поступак ради издржавања деце – није било никаквог изричитог спомена истражних овлашћења суда. Ипак, предвиђало се да суд може да наложи органу старатељства да прикупи све чињенице које се тичу права на издржавање (чл. 385 ст. 1 ЗБПО). Тиме се суштински признавало истражно овлашћење суда, и то кроз уређивање положаја органа старатељства као његовог истражног апарата.

VI. Манифестација одговорности за прикупљање процесног материјала – жалба и ревизија

1. Систем жалбе и ревизије

A. Опште напомене

Два послератна југословенска парнична поступка су се суштински разликовала само у систему правних лекова. Док је ЗПП 56 остао при предратном узору, па је био тростепен, ЗПП 76 је радикално изменио концепт и претворио ревизију у ванредни правни лек. Исто тако, док је ЗПП 56 омогућавао да другостепени суд у случају да је чињенично стање непотпуно сам допуни поступак, у ЗПП 76 је прихваћен, како се то образлагало, строги контролни механизам – жалбени суд никада није могао да утврђује чињенице које првостепени није. Поред ових разлика, међутим, постоји континуитет. Физионимија жалбе и ревизије у смислу разлога је иста.

¹¹¹ Познић/Ракић-Водинелић¹⁵, т. 698; Старовић/Кеча³, 505 и след.

¹¹² Познић/Ракић-Водинелић¹⁵, т. 245, 709а.

Б. Типологија разлога за правни лек; неограниченост жалбе и ограниченост ревизије

Сходно и законској редакцији, разлози за правни лек су се делили на три. Прво повреде поступка, и то апсолутне и релативне. Друго, погрешна примена материјалног права. Треће, грешке суда у чињеничном стању, и то кроз кровни појам „погрешно и непотпуно чињенично стање. Разлика у односу на предратно право, али и на још увек важеће аустријско, је изричито набрајање жалбених разлога, и то њиховим груписањем спрам предмета грешке суда. Тако су и грешке суда на чињеничном плану уобличене, како је речено, у један кровни појам, који је према редакцији ЗПП 56/76 требао да има исту природу. У том смислу, ограничавање истицања грешака суда на чињеничном плану за нападање појединих пресуда, као и уопште за ревизију, односило се како на погрешно, тако и на непотпуно чињенично стање.

В. Допуштеност новота у жалби

Пресудна карактеристика жалбеног система ЗПП 56/76 је начелна допуштеност новота у жалби. За разлику од предратног система, а због вредновања „материјалне истине“, новоте су могле без ограничења да се истичу у жалби. Кривица странака за неизношење већ у првостепеном поступку није била од утицаја. Једини изузетак је био истицање доказа који није изведен у првостепеном поступку зато што странка није положила предујам трошкова његовог извођења. Ван тога, заправо није постојала никаква одговорност странака.

2. Схватање непотпуног чињеничног стања као разлога правног лека

Под непотпуним чињеничним стањем се сходно изричитим одредбама ЗПП 56/76 сматрао изостанак „утврђења“ неке битне чињенице за пресуђење (чл. 344 ст. 1 ЗПП 56, одн. чл. 355 ст. 1 ЗПП 76). Овде је већ значајно да се истакне да се појам „утврђења“ схватао као заузимање закључка суда о постојању или непостојању једне правнорелевантне чињенице, што је могао да буде резултат доказивања, али и других процесноправно допуштених начина (преузимање утврђења кривичног суда, неспорне чињенице, законске претпоставке).¹¹³ Према томе, непотпуно чињенично стање је схватало као изостанак спомена једне правнорелеванте чињенице у чињеничном стању пресуде. Када се тако гледа на ствар, онда се мора закључити да је овај жалбени навод био идентичан са апсолутно битном повредом поступка – немогућност испитивања пресуде због изостанка разлога о важној чињеници (чл. 343 ст. 2 т. 11 ЗПП 56, одн. чл. 354 ст. 2 т. 14). Ово дуплирање жалбеног разлога се међутим није спомињало у доктрини – изузев *Ракић-Водинелић*¹¹⁴ – али јесте у

¹¹³ Уп. *Познић*, Коментар, 914/915.

¹¹⁴ *Ракић-Водинелић*, Ревизија, 244.

судској пракси.¹¹⁵ Исто тако, потврда реченог је обилато укидање пресуда од стране ревизијских судова због непомињања једне правнорелевантне чињенице, час с позивом на непотпуно чињенично стање узроковано погрешном правном оценом,¹¹⁶ час с позивом на наведену апсолутно битну повреду.¹¹⁷

Даља доктринарна разрада непотпуног чињеничног стања се односила на типологију узрока, што је довело до формирања две врсте непотпуног чињеничног стања, које су се потом поклапале са другим разлозима правног лека.

Прва врста је било непотпуно чињенично стање које је последица погрешне правне оцене спора.¹¹⁸ Првостепени суд је имао погрешну правну квалификацију спора, па зато и није утврдио битне чињенице. У том смислу, сматрало се да се ради заправо о погрешној примени материјалног права која је узроковала непотпуно чињенично стање.¹¹⁹ То је на крају добило потврду и у самом закону (чл. 395 ст. 2 ЗПП 76), па је непотпуност чињеничног стања због ове грешке била и ревизијски разлог. У сваком случају, уколико би се ова грешка „открила“ у жалбеном или ревизијском поступку, пресуда би се укидала. Потврда тога је и идентификовање непотпуног чињеничног стања са апсолутно битном повредом поступка у виду изостанка разлога о важним чињеницама, јер је суд на њу пазио по сл. дужности (чл. 353 ст. 2 ЗПП 56, одн. чл. 365 ст. 2 ЗПП 76).

Друга врста непотпуног чињеничног стања је резултат става који се формирао, чини се под утицајем *Триве*, а који и до данас доминира. Узрок за овакво непотпуно чињенично стање је повреда неке процесне одредбе која се тиче прикупљања процесног материјала. С обзиром на то, тада је непотпуно чињенично стање било уједно и релативно битна повреда поступка.¹²⁰ Као репрезентативни пример се наводило кршење дужности питања (чл. 287 ЗПП 56, одн. чл. 298 ЗПП 76);¹²¹ због тога што суд није испунио своју дужности, питања од одлучујућег значаја су остала без одговора, и сходо тиме постоји непотпуно чињенично стање.¹²² Према томе, за доктрину је кршење дужности питања било не само релативно битна повреда, већ и непотпуно чињенично стање. Због тога се и истицало да је могуће да се истиче непотпуно чињенично стање и као ревизијски разлог, и то кроз указивање на релативно битну повреду.¹²³

¹¹⁵ ВСС ЗСО ХХИИ-1998-31.

¹¹⁶ ВСС Рев 5412/99 Билтен ВСС 2/2001, 48; Рев 5144/99 Билтен ВСС 2/2001, 50 Рев 3010/97 Билтен ВСС 4/1997, 47 = ЗСО ХХИИ-1997-64; Рев 3779/97 Билтен ВСС 4/1997, 51; Рев 3254/97 Билтен ВСС 4/1997, 55 = ЗСО ХХИИ-1997-98; Рев 5334/96 Билтен ВСС 1/1997, 31; Рев 401/97 Билтен ВСС 1/1997, 39 = ЗСО ХХИИ-1997-102; ВСХ СП 7/1991-99.

¹¹⁷ ВСС Рев 3649/02 Билтен ВСС 4/2002, 158; Рев II 3120/02 Билтен ВСС 4/2002, 131; Рев 3413/99 Билтен ВСС 2/2001, 47; СВС ЗСО 1959-222; ЗСО 1960-307; ЗСО 1960-317; ВСЈ ЗСО 1966-108; ВСБХ ЗСО XV/1-1970-38. ВСВ Рев 460/61 Гласник АКВ 1/1961, 29.

¹¹⁸ *Трива*, ГПП I², 573; *Трива/Белајец/Дика*⁶, 562; *Познић/Ракић-Водинелић*¹⁵, т. 556; *Старовић/Кеча*³, 409.

¹¹⁹ Уместо свих *Познић*, Коментар, 915.

¹²⁰ Уместо свих *Трива/Белајец/Дика*⁶, 562, 566.

¹²¹ *Познић/Ракић-Водинелић*¹⁵, т. 556; *Познић*, Коментар, 915; *Кеча*, Редовни правни лекови, 201.

¹²² *Познић/Ракић-Водинелић*¹⁵, т. 556.

¹²³ Тако већ *Трива*, ГПП I², 577/578.

3. Третман пресуде на основу терета тврдње

С обзиром да је цео концепт терета тврдње био маргинализован, ни питање третмана пресуде на основу терета тврдње у смислу жалбеног поступка се није поставило. Штавише, редакција одредбе која је дефинисала појам непотпуног чињеничног стања је била у супротности са концептом да суд не може да утврђује чињенице које странке нису навеле. Јер, пресуда на основу терета тврдње управо подразумева да нема утврђења битних чињеница, већ се примењује једна фикција која се тиче (не)испуњености елемента диспозиције норме у погледу којег фале чињенична утврђења.¹²⁴ Дакле, проблем је био да ли је пресуда на основу терета тврдње захваћена непотпуним чињеничним стањем као таквим или не. Да се поставило ово питање, морало би да се оптира између две алтернативе: или да се негира изричито предвиђено правило да суд не може да утврђује чињенице које странке нису изнеле, или очувати ово правило кроз признање да пресуда на основу терета тврдње није захваћена непотпуним чињеничним стањем. С друге стране, може се поуздано закључити да су у смислу друге алтернативе закључивали сви они који су говорили јасно о терету тврдње; не би се говорило о пресуђењу против странке која сноси терет тврдње, а да се уједно сматра да је таква пресуда захваћена непотпуним чињеничним стањем као таквим.

4. Повреда дужности питања као разлог правног лека

Више пута у овом раду је речено да повреда дужности питања у поступку у којем суд не може мимо тврдњи странака да утврђује чињенице резултује пре свега пресудом на основу терета тврдње. Исто тако, речено је да везаност дужности питања за терет тврдње није била за већински део доктрине позната. Па ипак, може се закључити да се посредно и несвесно говорило управо о томе. То је прави значај схватања да је један вид непотпуног чињеничног стања и повреда дужности питања, јер су тиме „нека питања од одлучујућег значаја остала без одговора“. Наиме, суд не би питао странке, па зато оне нису ни изнеле тврдње; једино што је тада суд могао да уради је било да донесе пресуду на основу терета тврдње. За доктрину је ово било непотпуно чињенично стање које је уједно и релативно битна повреда поступка. Због тога се даље резоновало да се непотпуно чињенично стање може истицати и у ревизији, јер је оно заправо релативно битна повреда поступка која је била допуштен ревизијски разлог.¹²⁵ Према томе, ако може да се сумира, општеприхваћено схватање је било да кршење дужности питања представља релативно битну повреду, те да је то како жалбени¹²⁶ тако и ревизијски разлог.¹²⁷ У

¹²⁴ В. горе § 4 П 3 В а).

¹²⁵ Тако већ *Трива*, ГПП I², 577/578; *Трива/Белајец/Дика*⁶, 566.

¹²⁶ *Juhart Pravnik XII* (1957), 202 (224); *Трива*, Есеј о отвореном правосуђењу, 209 (223); *Познић/Ракић-Водинелић*¹⁵, т. 556; *Познић*, Коментар, 710, 899, 915; *Кеча*, Редовни правни лекови, 201; *Старовић/Кеча*³, 409; уп. *Трива/Белајец/Дика*⁶, 566.

¹²⁷ *Трива*, Есеј о отвореном правосуђењу, 209 (223); *Познић/Ракић-Водинелић*¹⁵, т. 556; *Познић*, Коментар, 963; уп. *Трива/Белајец/Дика*⁶, 566.

сваком случају се инстистирало да је по среди грешка суда, која има за последицу непотпуно чињенично стање.¹²⁸

На овом месту ће се оставити по страни исправност наведеног схватања да се радило о релативно битној повреди која је уједно и непотпуно чињенично стање. С обзиром да је оно и данас владајуће, то је резервисано за излагање постојећег система. Овде је нужно само да се укаже да и под претпоставком да је било тачно, кршење дужности питања није било разлог за укидање пресуда за себе, што у резултату значи и да није било релативно битна повреда поступка. У систему у којем су новоте допуштене без обзира на кривицу странака, дужност питања постаје суштински ирелеванта. Погрешно схватање југословенске доктрине је узроковано, како због неразвијености учења о терету тврдње, сходно томе дужности питања, тако и непостојањем евидентираних проблема у пракси. Заправо, проблеми ни нису могли да настану због допуштености новота, и зато и нема спомена кршења дужности питања у пракси.

Повреда дужности питања није била релативно битна повреда поступка као жалбени разлог, због тога што је механизам који је својствен истицању ове повреде већ сам по себи подразумевао истицање новота, које су опет саме за себе доводиле до укидања пресуде. Наиме, да би се утврдило да је кршење дужности питања заиста било каузално за доношење „законите и правилне пресуде“, жалилац мора да истакне не само изостанак питања суда (повреда поступка), већ и процесни материјал који би се изнео да је жалилац био питан. Другачије се не може утврдити каузалност; и тада се сматрало да жалилац мора да покаже да би без процесне повреде судска одлука била повољнија за њега.¹²⁹ Међутим, у систему ЗПП 56/76 који је принципијелно допуштао новоте, само за себе истицање новог процесног материјала је подразумевало укидање пресуде. У тој ситуацији се уопште и није утврђивала било каква каузалност грешке суда и неправилног пресуђења. Уколико то изостаје, онда се не може говорити уопште о релативно битној повреди, која је по дефиницији утврђена каузална грешка суда.

Што се тиче квалификације повреде дужности питања као релативно битне повреде у смислу ревизијског разлога, треба раздвојити пре свега различите ситуације, али и разлике између система ЗПП 56 и ЗПП 76. Прво, могло се говорити о релативно битној повреди као ревизијском разлогу у случају да је грешку направио већ првостепени суд. Тада је она могла да буде ревизијски разлог уколико је ревидент већ у жалби указао на повреду учињену у првостепеном поступку, а жалбени суд је погрешно сматрао да она није учињена; тиме се првостепена повреда претварала у другостепену, па би сходно томе постајала ревизијски разлог.¹³⁰ У

¹²⁸ Уместо свих *Кеча*, Редовни правни лекови, 200/201 са даљим упућивањима.

¹²⁹ *Бачић* у: *Познић/Вражалић/Бачић*, т. 2 уз чл. 343; слично *Цуља*, ГПП ФНРЈ, 532; уп. *Познић*, Коментар, 897: „У жалби треба да буду наведене околности из којих странка изводи закључак да је повреда могла утицати на тачност одлуке.“

¹³⁰ *Познић*, Коментар, 964; *Ракић-Водинелић*, Ревизија, 170 са даљим упућивањима. *ВСС* је користио флоскулу по којој погрешно несанкционисање истакнуте повреде поступка од стране жалбеног суда подразумева да ју је он „издигао на ниво другостепеног поступка и тиме створио ревизијски разлог“; *ВСС ЗСО XIX-1994-159 = ИСП 6/95-76; ЗСО XIX-1994-158; уп. и ВСС Збирка II/1861. У сваком*

супротном, првостепена релативно битна повреда је била ирелевантна за ревизијски суд, јер је наступила преклузија њеног истицања.¹³¹ Када се то стави у контекст повреде дужности питања, види се да она није могла да буде релативно битна повреда која доводи *per se* до укидања пресуда. Како је већ речено, ова повреда није ни постојала сама за себе као битна повреда поступка, јер њено истицање већ у жалби претпоставља истицање и новота. Стога се првостепена пресуда одмах и укидала, и не би ни долазило до другостепене пресуде. Уколико би жалбени суд прешао преко новоте, он би тиме заиста учинио релативно битну повреду, али не повреду чл. 287 ЗПП 56, одн. 298 ЗПП 76 (дужност питања), већ повреду о допуштености новота.¹³² Ревизијски суд не би утврђивао каузалност првостепене повреде за неисправно пресуђење, већ би испитивао зашто жалбени суд није прихватио новоте и укинуо првостепену пресуду. Остаје, дакле, само хипотеза да је жалбени суд сам повредио дужност питања, и да то буде релативно битна повреда као ревизијски разлог. Тако нешто је било могуће само у систему ЗПП 56, који је преузео предратни/аустријски концепт да другостепени суд може да утврђује и чињенице које није утврдио првостепени; другим речима, он је само могао да допуни поступак на другостепеној расправи. Тада је жалбени суд и сам имао дужност питања (чл. 287 у вези са чл. 352 ЗПП 56), па је било замисливо и да је повреди. Међутим, од ЗПП 76 и промене парадигме, жалбени поступак је у том контексту постао строго контролни, и жалбени суд је могао на расправи само да понови већ изведене доказе, што значи свакако да није могао да утврђује чињенице које није утврдио првостепени.¹³³ Према томе, ни другостепена расправа, на којој је једино било и могуће да жалбени суд повреди чл. 298 ЗПП 76, није служила допуни првостепеног поступка. Стога жалбени суд сам никада и није могао да не испуни дужност питања, јер је он није ни имао – дужност питања има само чињенична инстанца! У том смислу повреда дужности питања у систему ЗПП 76 никада није била релативно битна повреда поступка као ревизијски разлог.

случају овде је видљива разлика у односу на устаљену праксу аустријских судова поводом овог питања; в. горе § 12 VI 3.

¹³¹ Владајуће схватање о „преклузији“ истицања релативно битних повреда из првостепеног поступка тек у ревизији: *Познић*, Коментар, 964; *Трива/Белајец/Дика*⁶, 592; *Бачић у: Познић/Вражалић/Бачић*, бр. 2 уз чл. 370; *Ракић-Водинелић*, Ревизија, 170 са упућивањем на праксу.

¹³² За такву квалификацију неузимања у обзир новота *Мулабдић* НЗ 44 (1990), 856 (863); *Ракић-Водинелић*, Ревизија, 188; *Познић*, Коментар, 964 са даљим упућивањем на праксу; уп. *СВС Рев* 324/58 ПЖ 11-12/1958, 58 = ЗСО Ш/2-1958-279.

¹³³ Ово је била последица схватања о уставном праву на правни лек, који је подразумевао да се мора обезбедити пуна контрола свих чињеничних закључака једног суда од стране инстанционог. Па како се узимало да би жалбени суд, у ситуацији да утврђује чињенице које није утврђивао првостепени, управо сам постајао првостепени, а ревизијом се није могла испитивати правилност таквих чињеничних утврђења, систем ЗПП 56 је оцењен као противустанован. Уп. *М. Кнежевић* ЗбоНС XLVI/4 (2012), 385 (395 са даљим упућивањима).

5. Стварна слика система ЗПП 56/76 у контексту расподеле одговорности субјеката поступка

Утицај допуштености новота у жалби није битан само за наведени погрешан став доктрине, што је пре свега од догматичког значаја. Он има суштинску важност за оцену система ЗПП 56/76 и замишљеног концепта судијске саодговорности. Наиме, иако је из предратног права преузета дужност питања, и то на начин да суд може само да подстакне странке да изнесу тврдње, а не и да иде преко тога у правцу инквизиторног деловања, није преузет смисао судијске саодговорности, и он је маргинализован и урушен. Ако је то дужност суда, чије занемаривање може бити разлог за укидање пресуде, онда обрнуто њено испуњење без резултата у виду санирања дефицита тврдњи не може да буде разлог за укидање пресуде. Непостављање тврдњи након питања и указивања суда, логиком ублаженог расправног начела води пресуди на основу терета тврдње. Даље, истом логиком, то је искључива грешка странке, јер је суд испунио своју законску дужност, па релативно битна повреда не долази у обзир. То је основни смисао како аустријског, тако и немачког система. Но, при допуштености новота све се то урушило, јер су оне *per se* доводиле до укидања пресуда, дакле и у хипотези да је суд најсавесније испунио своју дужност питања. Може ли се онда уопште говорити о концепту саодговорности суда? Он је суштински одговарао за нешто што му се никако не може приписати у кривицу, јер се пресуда укидала. Како је већ речено, кроз овакво уређење је прекинута нит са предратним и аустријским моделом поступка, и то зарад „остварења начела материјалне истине“; саодговорност суда заправо и није постојала, јер је пресуда могла да буде укинута и онда када нема никакве грешке суда, већ само немар странке или њена намера да одуговлачи поступак. Управо због реченог, нема спомена дужности питања у одлукама жалбених судова.

§ 18 Закључак за систем ЗПП 56/76

I. Ублажено расправно начело као важеће начело у ЗПП 56/76

У делу који се тичао питања важећег начела у ЗПП 56/76 је већ изнета аргументација да је у тим законима важило ублажено расправно начело. До таквог схватања се није дошло, али је теза *Јухарта* и *Триве* о модификованом расправном начелу управо имала такав значај. У сваком случају, странке, и само оне, су одређивале могући оквир чињеничног стања – суд је био везан тврдњама странака. У том смислу је постојао објективни терет тврдње. Даље, странке су принципијелно одређивале потребу доказивања тврдњи – признање тврдњи је по правилу везивало суд. На крају, и поред овлашћења суда да изводи доказе *ex offio*, што је у вези са дужности суда да утврди истинито спорне тврдње израсло у праву дужност суда, опет је одговорност странака постојала. Истражна активност суда је била двоструко ограничена: односила се на спорне чињенице, и била је условљена полагањем предујма трошкова доказивања. На крају, постојала је општа дужност питања, јер је суд морао да у случајевима дефицита процесног материјала укаже странакама на потребу његовог санирања.

II. Степен развијености схватања ублаженог расправног начела

1. Изостанак разраде одговорности странака: неразвијеност учења о терету тврдње

Суштина расправног начела, па макар оно било и ублажено, је одговорност странака за идеално чињенично стање. Прво и основно правило подразумева да странке, и само оне, могу да одреде могући оквир чињеничног стања пресуде. Нужна последица постојања таквог правила је терет тврдње и у складу са тим постојање посебних правила намењених пресуђењу упркос дефициту тврдњи. У том сегменту су и странке одговорне за идеално чињенично стање, јер уколико не поставе тврдње о битним постојећим чињеницама, оне се и не могу утврдити, што опет води у релацији са ванпроцесним материјалноправним стањем нетачној пресуди. Све ово што је речено чини се да није било до краја познато у тадашњој доктрини. Како је већ напред речено, терет тврдње је био ако не непознат, онда у сваком случају неразрађен као институт. Код већине се он евентуално само спомињао, али преко тога ништа више. Због тога је и мисао о одговорности странака маргинализована. Јер, ако се принципијелно и говорило о одговорности странака, а сама се одговорност није појмовно разграђивала, онда је то управо маргинализација. Схватања *Јухарта*, па и *Познића*, иако су биле прави израз постојећег система, остала су незапажена. Потврда тога је на крају и судска пракса, у којој на крају и треба да се манифестују теоријска схватања постојећег система.

Разлог за маргинализовање терета тврдње и довођења до евидентности важења расправног начела могао би да се евентуално пронађе у искуственом и

оптимистичком ставу. Наиме, неизоставно са првим правилом расправног начела наглашава и дужност суда да материјално управља парницом, тј. дужност да питањима наведе странке да изнесу све чињенице. Стога би могло да се каже да се веровало да ће суд испунити своју дужност и да се дефицити неће појавити. С друге стране, истицала се и психолошка компонента расправног начела – странке већ из својих антагонистичких ставова износе потребан материјал, па се опет веровало да неће доћи до дефицита тврдњи о битним чињеницама. Међутим, као што је речено, за разлику од какве-такве расправе о терету доказивања, овде се није поклањала пажња кризној ситуацији и теоријском решењу питања „шта (ипак) ако не“. Узрок за то је и непостојање и за контекст *non liquet*-а правог механизма судског силогизма. У том смислу је био непознат цео спор у погледу немогућности примене нормe у случају неразјашњеног стања ствари, што је и полазни проблем и код дефицита тврдњи.

Други разлог за неизграђеност учења о терету тврдње би могао да се тражи у мисли о материјалној истини. Пресуда на основу терета тврдње није заснована на уверењу суда о (не)постојању правнорелевантих чињеница. Због тога би и она била „негација материјалне истине“. Међутим, несумњиво је да би се са негирањем такве пресуде негирао и важећи концепт, што нико није ни помишљао.

Последица наведеног стања доктрине била је та да учење о испитивању конклузивности и релевантности одбране није постојало. Пресуда због неконклузивности услед непотпуности навода тужиоца се не спомиње, иако је она судбински везана за један поступак у којем је суд везан тврдњама странака. Она није нити једном одредбом ЗПП 56/76 била забрањена, већ је напротив цео систем говорио у прилог њеном постојању. То је на крају већ и *Јухарт* изричито истакао, али је његово схватање остало на маргини. Читава структура поступка је почивала на идеји да суд не може да утврди чињеницу коју странке нису изнеле, без обзира на изричита истражна овлашћења у погледу доказивања, Јер, чл. 6 ст. 1 ЗПП 56, односно 7 ст. 1 ЗПП 76 као стожер тзв. начела материјалне истине је предвиђао обавезу суда да „утврди истину“ у погледу *спорних* чињеница, што претпоставља да је терет тврдње скинут са дневног реда; да би нешто било *спорно* мора бити прво изнета тврдња о чињеници, и да је потом оспорена. Такође, према владајућем схватању забрањено је било истраживачко доказивање, како на предлог странака, тако и када би суд изводио доказе *ex offio*. Ако се тако гледа на ствар, уз дужност суда да пресуди онда када су испуњене процесне претпоставке, јасно је да је испитивање конклузивности тужбе и тада требало да чини костур мериторног расправљања. О основаности тужбеног предлога се одлучује у поступку, па је прво и основно питање конклузивности тужбе, а тек потом релевантност одбране.

2. Изостанак разраде судијске саодговорности; утицај допуштених новота

Учење о судијској дужности питања и њен значај се нису могли развити самостално од учења о терету тврдње и испитивању конклузивности тужбе и релевантности одбране. Материјално управљање парницом како је било замишљено

у ЗПП 56/76, пошто је било преузето из Грпп, било је директан израз постојања ублаженог расправног начела – оно је претпостављао страначку одговорности и ублажавало ју је. Да би се схватио и развио његов значај, па чак и условима негирања субјективног терета доказивања, неопходно је било да се претходно призна постојање пресуда на основу терета тврдње, пре свега пресуде због неконклузивности тужбе. Јер, ако је дужност питања ублажавање одговорности странака, претходно је потребно разрадити саму одговорност као предмет ублажавања. Због тога је и судијска дужност питања обрађивана на чисто егзегетички начин без суштинског откривања смисла саодговорности суда. Њен приказ се махом исцрпљивао у репродуковању одредбе чл. 287 ЗПП 56, одн. чл. 298 ЗПП 76 и истицању познате флоскуле да и „поред важења расправног начела суд није пасивни посматрач“. Исто тако, са изузетком *Јухарта* и *Триве*, нема упоредноправног истраживања овог концепта, иако је доктрина оријентисана на германску науку. Једном речју, судијска дужност питања није побудила пажњу науке, а у пракси је од почетног придавања важности, макар и кроз само цитирање одредбе, исчезао њен било какав помен. За такво стање, тврдимо, ипак није пресудна одговорност науке, већ је то била последица система у којем су дозвољене новоте без ограничења.

Чак и да се пошло за надградњом *Јухартових* и *Тривиних* ставова, односно преузимањем разрађених решења и немачког и аустријског схватања, не би се стигло далеко. Кроз узимање у обзир система допуштености новота у жалби као израза начела материјалне истине, свако бављење значајем судијске дужности питања би се svelo на констатацију да саодговорност суда суштински не постоји. Наиме, дужност питања је израз саодговорности суда, па његово кршење јесте грешка суда која би требала да буде разлог за правни лек. И обратно, уколико би суд испунио своју дужност, не би могло да се говори о његовој одговорности. Тиме се долази до кључне ствари: чак и најсавесније испуњавање дужности суда је могло да се заврши безуспешно, јер је само од странке зависило да ли ће одговорити на позиве суда да постави тврдње и означи нове доказе. Па ако, рецимо, странка не би то учинила, логиком ублаженог расправног начела би се донела пресуда на основу терета тврдње. Исто тако, тада не би могло да се говори о одговорности суда за такво пресуђење, што би следствено значило да нема разлога да се по жалби пресуда укине. Али, због неограничене дозвољености новота које су саме за себе доводиле до укидања пресуде, речено се анулирало. Ако се пође од тога да се пресуда има укинути онда, и само онда, када постоји грешка суда (контролни карактер жалбеног поступка), јасно је да се кроз овакав систем *грешка странака* за коју суд никако није био одговоран заправо њему приписивала, јер се пресуда укидала.

3. Резултат

Укупно гледано, важеће ублажено расправно начело и његово свеобухватно конкретизовање у доктрини је било неразвијено. Такав закључак изводимо из претходних критичних тачки. Спомињање и решавање неких других кризних

ситуација које су иманентне расправном начелу, у том смислу и вечите, не би требале да утичу на речено. Костур ублаженог расправног начела је терет тврдње и концепција испитивања конклузивности тужбе и релевантности одбране. Исто тако, и одређивање смисла и граница саодговорности суда. То све, коначно, подразумева разлагање свега тамо где му је у поступку на крају и место – у систему правних лекова, пре свега у жалбеном поступку. Све је то изостало у периоду важења ЗПП 56/76. Узрок за то лежи на другој страни, и не тиче се статичних правила ублаженог расправног начела по којем је суд везан страначким наводима, али има обавезу да се стара да их странке изнесу. Ако се говори о саодговорности суда као показатељу ублаженог расправног начела, онда се она мора манифестовати у реалном смислу. То је, међутим, била цена вредносне оријентације ка „материјалној истини“, која је довела до тога да и иначе грешка суда у материјалном управљању парницом никада и не буде релативно битна повреда као самостални жалбени разлог.

III. Закључо разматрање о моделу парничног поступка социјалистичке Југославије кроз призму уређења прикупљања процесног материјала

Уређење сакупљања процесног материјала је један од најзначајнијих индикатора конкретног модела поступка. Због тога се и мора поставити питање баш кроз ову призму. Теза о задржавању *Клајновог* концепта кроз већинско преузимање одредаба још ништа не значи. Штавише, структура поступка и расподела одговорности између странака и суда, закључно са системом правних лекова где се на крају све манифестује, кључна је за давање оцене. Иако то не поставља у потпуно идентичном кључу, *Узелац* са правом заступа тезу о непостојању идентитета поступка социјалистичке Југославије и *Клајновог* концепта.¹ Сасвим посредно, може се рећи и да *Галич* долази до истог закључка,² иако инсистира на континуитету са предратним концептом.³ Чини се да обојица заправо полазе од исте премисе, а то је да није био проблем (толико) у самом законском тексту о уређењу ублаженог расправног начела као таквог, колико у вредносном изразу начела материјалне истине кроз изостанак преклузија и допуштеног новота.⁴ Уз мисао о негирању субјективног терета доказивања то је довело и до потпуне пасивизације странака, парадоксално и њихових пуномоћника адвоката.⁵ Није постојао никакав учинковит механизам да се обезбеди процесна дисциплина у смислу концентрације првостепеног поступка. Свест о непостојању одговорности је довела до урушавања основне замисли *Клајна* о концентрисаној и непосредној главној расправи као

¹ *Uzelac* in: *Entwicklung des Zivilprozesses*, 175 (187 и след.).

² *Галич* ЗбоЗГ 63 (2013), 799 (810 и след.).

³ Уп. *Galič* R. L. R. 27 (2010), 117 (118 и след.).

⁴ Уп. *Uzelac* in: *Entwicklung des Zivilprozesses*, 175 (192 и след.); *Галич* ЗбоЗГ 63 (2013), 799 (810 и след.).

⁵ *Галич* ЗбоЗГ 63 (2013), 799 (811 и след.); *Uzelac* in: *Entwicklung des Zivilprozesses*, 175 (195). Обојица истичу и последицу за адвокате, а то је да је њима заправо ишло у прилог непостојање одговорности за концентрацију поступка, јер су могли да гомилају трошкове поступка.

подлози и гаранту исправног и уједно брзог пресуђења.⁶ У томе се огледа пресудна разлика у односу на предратни модел и аустријски узор.

Сходно реченом, само за себе преузимање низа одредаба из Грпп, и у том смислу принципијелно исто уређивање прикупљања процесног материјала, није разлог да се неуспех система ЗПП 56/76, а поврх тога и њихова „инквизиторност“, пребацује аустријским коренима, како се то понегде тврди. Јер, ако се „инквизиторност“ или наглашеност начела материјалне истине узима и као последица преузимања аустријског схватања поступка – тако изричито *Ракић-Водинелић*⁷ – онда се пренебегава његова права слика. И у њему постоји овлашћење суда да изводи доказе по сл. дужности (ипак не све), односно и у њему постоји дужност суда да се кроз дужност питања стара да се утврди материјална истина. Међутим, а то је пресудно за читав аустријски систем, на томе се и завршава одговорност суда, па нема говора о „спровођењу заштите субјективних права кроз снажну државну контролу“. Енергично се не толерише страначка пасивност на плану утврђивања истине онда када суд испуни своју дужност, која не иде преко упућивања странака. Дакле, мисао о паралелној одговорности суда и странака, са последњом и коначном одговорношћу на странкама, у потпуности је присутна. Оријентација ка материјалној истини је ограничена захтевима за обезбеђивање других постулата правне заштите, а то је брзина и јефтиноћа. И обратно, управо због таквог механизма се и обезбеђује концентрација првостепеног поступка – странке знају да ће сносити одговорност уколико буду пасивне и поред упућивања суда. С друге стране, оне су довољно заштићене, јер уколико је суд пасиван, па се зато донесе пресуда на основу терета тврдње или терета доказивања, то је релативно битна повреда поступка која доводи до укидања пресуде. Ако се то има у виду, а то је права слика аустријског поступка и *Клајнове* идеје, онда се види сходно да је југословенски поступак и поред низа идентичних одредаба био суштински другачији. Он је био сасвим други процесни модел. У том смислу, управо кроз уређење сакупљања процесног материјала, али и посредно кроз уређење страначке одговорности – боље страначке неодговорности – он је представљао засебан процесни модел у односу на тадашње. Није био изразито социјалистички (совјетски), јер је постојао пре свега објективан терет тврдње. Међутим, он није ни био, ако се гледа из његове сопствене временске перспективе, модеран германски модел поступка у којем реално постоји страначка одговорност и саодговорност суда.

⁶ *Uzelac* in: *Entwicklung des Zivilprozesses*, 175 (195).

⁷ *Ракић-Водинелић* истиче да је „криминализација“ поимања принципа утврђивања истине у грађанском поступку поред идеолошког узрока имала и доктринарни, јер је тада доминантна мисао о „јавноправној природи свих судских поступака и схватање да заштита индивидуалних субјективних права треба да се спроводи кроз снажну државну контролу“ била резултат и преузимања аустријске правне теорије; *Познић/Ракић-Водинелић*¹⁶, т. 536,

Глава друга
Важеће право

Одељак први
Важеће ублаженог расправног начела

§ 19 Парнични поступак Републике Србије: напуштање ЗПП 76

Закон из социјалистичке Југославије (ЗПП 76) је важио све до ступања на снагу ЗПП 04 (22.02.2005. г.). Нужност реформе се показивала нарочито у домену прикупљања процесне грађе. За данашње стање поводом расправног начела се чини неизоставним разматрање поступка реформе и изнетих аргументација. У том светлу треба и гледати доношење како ЗПП 04, тако и садашњег ЗПП.

I. Разлози за реформу

1. Спорост поступка

Питање трајања парничних поступака и његово убрзање је вечита тема и вечита бољка сваког парничног поступка. За домаћи парнични поступак то неизоставно важи. Готово све промене у бившем југословенском законодавству биле су инспирисане потребом за убрзањем парничног поступка.¹ ЗПП 76, последњи пут битно новелиран у СФРЈ 1990. г. је у Србији преживео све промене државног уређења; до распада СРЈ и успостављања Државне заједнице СЦГ важио је као савезни закон, а потом као републички. Већ наслеђен проблем спорости поступка из времена СФРЈ чини се да се у означеном периоду додатно повећао. Неефикасност парничног поступка постала је његова главна карактеристика. У том смислу је и ЗПП 76 означен као неефикасан и као главни кривац за стање у пракси.

Позиви на реформу су након промена 2000. г. интензивирани и своју кулминацију добијају 2003. г., када паралелно на реформи раде Министарство правде и Друштво судија Србије. У документу последњег у виду Закључака са расправе о припремању измена ЗПП изнете су основе замисли реформе, где је као кључна реч позива на реформу означена ефикасност.² Већ у то време када је неефикасност правне заштите импутирана ЗПП 76, што је потенцирала и Радна група Друштва судија Србије, указивало се и на нужност сагледавања других узрока за такво стање, пре свега друштвеног контекста и организације судства уопште, тј. организационог процесног права.³ *Кеча* је нарочито наглашавао друге, ванпроцесне аспекте који су били, или могли да буду, индикатори за спорост

¹ Уп. *Кеча* ЗбоНС XLVII/1 (2013), 9 (9 и след), који указује и на симптоматичност на терминолошком плану: први законски текст који је регулисао парнични поступак након Другог светског рата је био Закон за убрзање парничног поступка пред редовним судовима (СЛ ФНРЈ 19/55).

² *Ракић-Водинелић/Милошевић/Павловић*, 13.

³ Тако *Г. Станковић* *Анали* ЛП/1-2 (2004), 205 (211); нарочито интезивно *Кеча* *Анали* ЛП/1-2 (2004), 188 (191 и след.).

поступка; његов приступ, фундиран у карактеристици модерне процесне науке у којој се поступак не сме посматрати као изолован феномен,⁴ и поред уверљиве аргументације није међутим наишао на одјек. Правила поступка, и само она, остала су и до данас изгледа једини фактор од којег зависи ефикасност пружања правне заштите.

2. Потреба усклађивања са ЕКЈП и тзв. европским стандардима

Државна зајединца СЦГ је ратификовала 2003. г. ЕКЈП чиме је идеја о праву на правично суђење продрла у домаћи систем.⁵ До тада је ипак и један део овог права био схватан на начин да има ранг уставног права.⁶ Право на правосуђе је и за време СФРЈ, а и СРЈ, извођено из самог Устава.⁷ Са ратификацијом ЕКЈП оно је добило свој изричит израз, али су добила и друга права која улазе у појам права на правично суђење. Опште узев сам ЗПП 76 је био у складу са готово свим захтевима из чл. 6 ст. 1 ЕКЈП, једнако као што је рецимо и изворни аГрпп био. Проблем у прилагођавању стандарду правичног суђења је ипак био неефикасан поступак, и у том смислу се истицало да ЗПП 76 није у стању да обезбеди право на суђење у разумном року. Начело материјалне истине, мислећи на чл. 7 ст. 1 и 3 ЗПП 76, иако се оно паушално означавало и као начело инквизиторности, што би требало да значи да чак ни правила расправног начела не важе, означено је као кључни разлог дугог трајања поступака. Исто тако, суштински елемент начела материјалне истине у ЗПП 76, и заправо прави разлог неефикасног поступка – неограничена допуштеноост новота –, препознат је као додатна препрека за остваривање права на суђење у разумном року.

Поред потребе за обезбеђивањем права на правично суђење, јавила се и идеја о потреби за обезбеђивањем европских стандарда, што се до данас није до краја ни дефинисало. Међутим, јасно је да се тиме мисли на „имплементацију“ препорука Савета Европе. Ради се о необавезним правилима, доста уопштеним, која би требала да служе као могући оријентир уређења парничних поступака. Како се испоставило касније, усклађивање са таквим стандардима је постало кључно образложење готово сваке новине у парничном процесном праву, па чак и неких које су спрам постојеће конструкције српског парничног поступка бесмислене.⁸ Такав приступ и начин

⁴ Уп. *Fasching*², Rn. 706, за параметре неефикасности који нису у вези са функционалним процесним правом.

⁵ Закон о ратификацији ЕКЈП, СЛ СЦГ МУ 9/03-16.

⁶ Сасвим је друго питање то што тада уставни судови нису имали надлежност да проверавају одлуке редовних судова у погледу кршења људских права. Уставна жалба је уведена тек са важећим Уставом.

⁷ За време СФРЈ, са значајном оградом о различитим концепцијама „права на тужбу“, тако *Познић*¹³, т. 50; *Трива/Белајец/Дика*⁶, 19; *Дика*, Право на тужбу, 238. За време СРЈ *Познић/Ракић-Водинелић*¹⁵, т. 50.

⁸ Репрезентативан пример је увођење директне ревизије у ЗПП 04, са позивом на Препоруку Савета Европе; тако *Г. Станковић* у: Новине у ГПП, 60. Међутим, директна ревизија је смислена само ако је поступак тростепен, што је управо случај у Немачкој. Због тога је и у ЗПП напуштена директна ревизија; уп. Образложење ЗПП, 114, с тим да се истиче да и у Аустрији постоји директна ревизија, што је нетачно!

мишљења је довео до – без претеривања – маније „имплементације препорука Савета Европе“, што је у политичком смислу прерасло у најјаче образложење реформи. Постало је сасвим довољно да се паушално позове на неку од препорука и да се тиме разоружају критичари конкретних решења. Јер, ко критикује тзв. европске стандарде, тај критикује курс Републике Србије ка изградњи европског процесног поретка.

3. Иманентна мисао о анахроности ЗПП 76: критика начела материјалне истине

Један од значајних аргумената у прилог нужности реформе парничног поступка је била и мисао о анахроности решења ЗПП 76. Начело материјалне истине је у току расправа о реформи парничног права, како је речено, било прво на удару већ због онемогућавања суђења у разумном року. Према *Љубици Милутиновић*, тадашњој судији ВСС, због овог начела су се парнице претварале у вишедеценијске истраге.⁹ Међутим, критика начела материјалне истине није била усмерена на питање ефикасности, већ се она односила и на идеолошку страну. Много више између редова, а мање изричито, провејава идеја о социјалистичком пореклу начела материјалне истине. Дијагноза *Узелца* да је ЗПП 56/76 био прожет инквизиторским духом, као једном од стратегија социјалистичке политичке доктрине, те да се на тај начин дошло до тога да је парнични поступак постао инструмент заштите државе од страначких диспозиција, а не поступак којем се штити аутономија и диспозиција странака, преузет је и у српској литератури.¹⁰ Јасно је било у тадашњем амбијенту да начело материјалне истине више места нема.

Поред анахроности у наведеном смислу, изнета је и теза о анахроности у другом правцу. У документу Радне групе Друштва судија Србије се појављује теза, коју касније преузимају и други аутори, да је ЗПП 76 не само неусклађен са „европским изворима“, већ је неусклађен и са „савременим добом“. Он је „заснован на конструкцији поступка и идејама поступка које су формулисане још у првој половини XX века“.¹¹ Директног казивања у чему се заиста састоји такав анахронизам нема, као што ни нема непосредног именовања његовог порекла. Међутим, јасно је да се анахронизам односи на Грпп, тиме и аГрпп. Наиме, истиче се порекло ЗПП 76, а то је добрим делом сам Грпп,¹² који се и доноси у првој половини XX века. Пошто је ноторно Грпп копија аГрпп, произилази даље да је сам *Клајнов* модел анахрон. С друге стране, чини се да се поуздано може закључити да се анахроност односи на „неусклађеност основних начела поступка“ и на

⁹ Билтен ВСС 3/2007, 315 (320).

¹⁰ Изричито *Ракић-Водинелић* у: Новине у грађанским поступцима, 5 (10/11).

¹¹ *Ракић-Водинелић/Милошевић/Павловић*, 16; *Нинковић* Анали ЛП/1-2 (2004), 218 (219); *Ракић-Водинелић* у: Новине у грађанским поступцима, 5 (14); *Милутиновић* Билтен ВСС 3/2007, 315 (319).

¹² У том смислу *Нинковић* Анали ЛП/1-2 (2004), 218 (219/220); *Ракић-Водинелић* у: Новине у грађанским поступцима, 5 (9 и след.).

„релативно неадекватну улогу суда“.¹³ Тако се и „начело материјалне истине“, иако се уопште није ни покушало дати реконструкцију тог појма у ЗПП 76, везала за предратни модел. У резултату то значи да је концепт активног судије превладан, неодговарајућ „савременом добу“, а читалац који зна да је Грпп аустријско дело, и који се поуздава у такву оцену, долази до закључка да је сам аустријски концепт исто тако анахрон. У сваком случају у таквом паушалном вредновању изостаје било каква друга аргументација, па чак и провера да ли је за саме Аустријанце анахрон модел поступка с краја XIX века. Резултати истраживања у овом раду показују колико је погрешна таква паушална оцена, с тим да треба нагласити да је већ *Кеча* реаговао у том смеру,¹⁴ али је и након тога понављана теза да је ЗПП 76 анахрон, очито због аустријског порекла. У сваком случају је паушална оцена аустријског модела, боље речено идеје о активном и саодговорном судији, допринела данашњем схватању доброг дела стручне и научне јавности – укључујући и редакторе ЗПП – које је покушавајући да напусти „анахрони концепт“ парадоксално сâмо постало неусклађено са савременим добом.

II. Изостанак темељних припрема за реформски задатак

Закључак о паушалној оцени анахроности аустријског модела поступка је показатељ опште карактеристике рада на реформи парничног поступка. Темељне припреме у виду идентификовања свих кризних тачака у ЗПП 76, што се не своди само на питање материјалне истине, су у потпуности изостале. Чини се да је исходиште свих промена које треба да уследе, поред укидања начела материјалне истине, био програмски рад *Познића*.¹⁵ Неумањујући његов значај, изостало је ипак освртање на осталу – примерно богату – литературу и проблеме који су се у њој расправљали, а који нису били садржани у *Познићевом* раду.¹⁶ Пре свега о *Тривиној* концепцији отовреног правосуђења нема ни речи. Надовезујући се на то, о концепцијским стварима, потпут самог циља поступка, или његовог схватања, није било озбиљних полемика, па тако ни резултата. За промену парадигме и схватања поступка, јер се на то циљало кроз позив на напуштање начела материјалне истине, недостајао је било какав програмски концепт и рад који приличи таквом подухвату. Нешто попут *Клајновог Pro futuro*, или *Бауровог (Baur) „Есеја о путевима за концентрацију усмене расправе“* је изостало,¹⁷ иако би било једино методолошки

¹³ Тако *Ракић-Водинелић* у: Новине у грађанским поступцима, 5 (14); уп. и *Нинковић* *Анали* ЛП/1-2 (2004), 218 (221).

¹⁴ *Анали* ЛП/1-2 (2004), 188 (203 и след.); уп. и *Г. Станковић* *Анали* ЛП/1-2 (2004), 205 (207), у смеру обране Грпп као цивилизацијског успеха.

¹⁵ Ради се пре свега о његовом раду из 1996. г. под насловом „Да ли је потребна реформа југословенског парничног законодавства?“ (ПЖ 1-2/1996, 67 и след.), али се спомиње и његова општерна необјављена анализа у документу Радне групе Друштва судија Србије; уп. *Ракић-Водинелић/Милошевић/Павловић*, 8.

¹⁶ За такву критику уп. *Г. Станковић* *Анали* ЛП/1-2 (2004), 205 (210).

¹⁷ *Бауров* рад је уз већ тада формиран „штутгартски модел“ послужио као програм реформе немачког поступка 1976. г. у виду Упрошћавајуће новеле (*Vereinfachungsnovelle*); в. *Baur, Wege zur einer Konzentration der mündlichen Verhandlung im Prozeß* (1966).

исправно да се у реформски захват пошло од претходно заузетих основних ставова. На крају, упоредноправно истраживање је изостало, пре свега у правцу традиционалне адресе домаће литературе. Као што је речено, аустријско стање је остало недодаткнуто, али исто тако ни немачко није узето у обзир. Једина инспирација су биле већ споменуте препоруке Савета Европе. Критика дела доктрине у том правцу је остала безуспешна.¹⁸

На речено о неузимању у обзир немачког стања ништа не мења околност да је Друштво судија Србије у јеку припрема реформе парничног поступка 2004. г. гостовало у Немачкој, и да је као резултат те активности објављен извештај двоје немачких судија као „стратегија реформе парничног поступка Србије“ и то спрам немачког стања.¹⁹ Такав извештај је пре свега – мора се истаћи – у најмању руку паушалан. Приказивање немачког права је погрешно, јер нема нити једног спомена о дужности упућивања, што је парадигма самог поступка. Тако се истиче да у немачком поступку странке износе чињенице и доказе, а „судске радње су сведене на минимум“.²⁰

III. Закон о парничном поступку из 2004. г.; Закон о парничном поступку из 2011. г.

У пролеће 2004. г. је донет нов Закон о парничном поступку као резултат напред наведеног рада и стремљења. Највећа новина у односу на ЗПП 76 је свакако напуштање „начела материјалне истине“. Обавеза суда да „потпуно и истинито утврди спорне чињенице“, као и његово овлашћење да изводи доказе по сл. дужности, није нашло своје место у ЗПП 04. Поред тога, као израз тежње за ефикаснијим поступком, укинута је неограничена допуштеност новота у жалби. Уређење које је до тада постојало у привредним споровима, по којем су новоте биле допуштене само ако би жалилац учинио вероватним да није могао да их изнесе без своје кривице у првостепеном поступку, је било прихваћено и за општи поступак. Уз то, као израз исте тежње, уведен је другачији концепт припремања главне расправе. Одговор на тужбу је постао обавезан у смислу да се увек налагало туженом да писано одговори на тужбу, а као последица пропуштања је успостављена пресуда због пропуштања. Она је стога преформулисана дотадашња пресуда због изостанка, јер се заснивала на идеји да тужени неоспоревањем тужбеног захтева – сада обавезно у писаној форми, и то супстанцирано – признаје

¹⁸ Кеча и Г. Станковић су на то указивали, а нарочито на потребу јасног заузимања става о циљу поступка, односно у истраживању свих околности које су везане за неефикасност поступка, а које се не тичу уређења парничног поступка као таквог; уп. Анали ЛП/1-2 (2004), 188 и след.; Г. Станковић Анали ЛП/1-2 (2004), 205 и след.

¹⁹ Извод из дискусије у Фишбаху, Друштво судија Србије (2004); доступно на <http://www.sudije.rs/sr/publikacije/informator/diskusija-o-zpp-u-fishbauchau-vanredni-br-3-2004> (01. VII 2014).

²⁰ Извод из дискусије у Фишбаху, 7. За неисправност таквог става у концепцијском смислу неолибералне владајуће доктрине в. горе § 8 V, а за значај активности суда у појединостима горе § 9 VI, VII.

наводе из тужбе, наравно уз њихову конклузивност.²¹ Друге новине које је донео ЗПП у односу на свог претходника се могу оставити по страни, јер не дотичу суштински тему рада.

ЗПП 04 није дао очекиване резултате на плану ефикасности, па је зато већ убрзо формирана радна група за његову реформу. Она је окончала свој рад и нацрт новеле је објављен, али он никада није узет у разматрање. Радикална измена ЗПП 04 је међутим учињена Новелом из 2009. г.²² Иако би могло да се закључи, да је због времена њеног доношења она била усмерена само у правцу усклађивања са новим бројем судија, ова Новела је суштински довела и до убрзања поступака. Наиме, драстично повећавање цензуса за багателне спорове је имало тај значај, с обзиром на ограниченост жалбе у том посебном парничном поступку.²³

Ни Новела из 2009. г. није ипак била у стању да удовољи захтеву за ефикасност поступка, а изгледа ни тзв. европским стандардима, па се дошло до идеје да треба додатно променити уређење поступка како би се „имплементирале Препоруке СЕ“ и омогућило суђење у разумном року. Поред већ извршених фундаменталних измена у виду сврставања великог броја спорова у багателне, као и свођење ревизије фактички на ревизију по допуштењу која ни до данас није добила јасне контуре као институт, требало је пронаћи решења која ће омогућити ефикаснији поступак, прецизније и јасније – бржи поступак. Приступило се изради новог закона, а не новеле ЗПП 04, и резултат је постојећи ЗПП.

Рад на изради ЗПП је трајао свега три месеца и он је донет у септембру 2011. г. Све оно што се у теорији пребацивало површном и неадекватном приступу реформи парничног поступка уочи доношења ЗПП 04 само се додатно потврдило у времену израде ЗПП. У Образложењу Предлога ЗПП, које броји – нажалост неславно – рекордних 10 страна, потреба за доношењем новог закона је сведена на опште место које се већ усталило до тада као догма: потреба за имплементирањем препорука Савета Европе, омогућавање суђења у разумном року. Међутим, треба запазити и следећу аргументацију. Истакнуто је наиме да због дугог трајања поступака

практична примена појединих материјално-правних прописа који су оцењени највишим оценама од стране теорије и праксе, али европских експерата, (као што су на пример Закон о облигационим односима и Закон о наслеђивању) због мањкавости процесних прописа се показала неефикасна.²⁴

Иако се овде ради о оригиналној тези о „ефикасности практичне примене материјалноправних прописа“, ипак она не претендује да створи такву нову

²¹ Супротно *Боранијашевић*, 69, који инсистира на разлици пресуде због пропуштања и пресуде због изостанка у смислу различитих услова за њихово доношење. Тако гледано заиста постоји разлика, али она није суштинска. Битно је то да се из пасивности туженог долази до фикције признања тврдњи, и да уз њихову конклузивност суд усваја тужбени захтев. У резултату тако и *Бодирого* ПЖ 12/2005, 105 (108). Исто за аналогно стање у хрватском праву *Uzelac* in: *Beschleunigung*, 67 (97): пресуду због изостанка је заменила пресуда због пропуштања [пресуда због оглухе], јер се заснива на фингираном признању тврдњи тужиоца.

²² Закон о изменама и допунама Закона о парничном поступку, СГ РС 111/09.

²³ Опширније са критикама *М. Кнежевић* in: *FS Simotta*, 311 (317 и след.).

²⁴ Образложење ЗПП, 106.

категорију, већ не значи ништа друго до тежњу за ефикасним остваривањем субјективних права грађана предвиђених таквим материјалним законима.²⁵ На крају, доношење новог закона се образлаже и потребом да се у нов закон уграде и „упоредна законодавна решења других модерних држава из ове области“.²⁶ У сваком случају, јасно је да је ЗПП искључиво инспирисан потребом за убрзањем поступка, што је и општа оцена литературе.²⁷

Недуго након ступања на снагу УС је интервенисао у два наврата и укинуо неке одредбе, као и цео један посебан парнични поступак као неуставне. Као једна од последица тога, али и тежње да се ревизија фактички врати у правни поредак, уследила је Новела 2014. г. У њој, што се тиче прикупљања процесног материјала, није било никаквих измена у односу на изворну редкацију. Но, треба напоменути да је учињен корак ка „отвореном правосуђењу“, јер је сада предвиђено да се тужба може одбацити тек пошто се одржи рочиште на коме ће се тужиоцу пружити прилика да се изјасни о намери суда (нови чл. 294 ст. 2 ЗПП), што значи да нема више одбацивања тужбе *a limine litis*.

²⁵ Тако управо касније и стоји у даљем тексту, уп. Образложење ЗПП, 106.

²⁶ Образложење ЗПП, 107.

²⁷ Уп. Г. Станковић ПИ 10/2012, 45 (47); Јакшић⁶, т. 259; Кеча ЗбоНС XLVII/1 (2013), 9 (11 и след.).

§ 20 Уређење прикупљања процесног материјала и расподела одговорности и улога у поступку

I. Одредбе ЗПП о расправном начелу

За ЗПП се говори спорадично да је он „афирмисао“ расправно начело, што би требало да подразумева да је оно додатно оснажено у односу на његовог претходника (ЗПП 04). На такву мисао се пре свега наилази у Образложењу Предлога ЗПП, где се наглашава да је „другачије постављена афирмација начела расправности и када је реч о утврђивању чињеница и извођењу доказа“, ¹ мислећи тиме на нову редакцију чл. 7 ст. 2 ЗПП. У литератури се ова мисао негде дословно преузима, или се истиче да је одредба чл. 7 – која је традиционално *sedes materie* расправног начела – доживела промену у погледу доследне примене расправног принципа. ² Колико је међутим нова редакција чл. 7 уопште довела до било какве промене, крајње је упитно. Наведена аргументација би спрам наглашавања измена, промена у односу на ЗПП 04 (а зашто само у односу на њега?) значила да је сада успостављено правило да суд може да утврђује чињенице које су странке навеле и на основу доказа које су странке предложиле *новина*.

Већ од ЗПП 56 непромењено важи правило да суд не може да утврђује чињенице које странке нису изнеле. Редакција из ЗПП 04, која јесте била лоша, исто тако ако се системски тумачила је давала такав резултат. ³ С друге стране, већ у самом ЗПП 04 је напуштена дужност суда да изводи доказе по сл. дужности и одузето му је и такво овлашћење. Стога оно што је назначено као новина у ЗПП – чл. 7 ст. 2 – заправо није никаква новина, већ, ако и треба дати оцену, само јасна формулација нечега што је већ и важило.

Друге одредбе још из доба ЗПП 56/76, које су биле садржане и у ЗПП 04, нису претрпеле никакве измене. Начелно одређење да су странке дужне да изнесу чињенице и предложе доказе на којима заснивају своје захтеве или којим оспоравају наводе и доказе противника је задржано (чл. 228 ЗПП). ⁴ Исто тако, и признање тврдњи је на исти начин уређено (чл. 230 ст. 1-3 ЗПП). Једину новину представља, и то фундаменталну, иако се она у контексту расправног начела готово и не спомиње, заокрет у односу на дотадашњу темељно фундирану идеју о тзв. негативној литисконтекстацији, и прелазак на антиподну афирмативну литисконтекстацију: не доказују се чињенице које странка није оспорила (чл. 230 ст. 1 *in fine* ЗПП). Прецизније, изричито се увео немачки концепт терета изјашњења.

Нова уређења вештачења и доказивања сведоцима у виду тзв. приватног вештачења (чл. 261 ЗПП) и писане изјаве сведока (чл. 245 ст. 2 ЗПП), иако се

¹ Образложење ЗПП, 107.

² Уп. Г. Станковић, ПИ 2/2012, 13 (15); Лутовац Билтен ВКС 3/2011, 99 (101).

³ Тако и М. Милошевић ИСП 10/2007, 5 (7 и след.); Стадардно схватање УС Уж 5839/2011 од 10.04.2014. г.; Уж 1529/2011 од 13.03.2014. г.; Уж 4198/2011 од 24.10.2013. г.; УС Уж 1327/2008 СГ РС 14/2011; УС Уж 3020/2010 од 20.10.2011. г.; Уж 2689/2010 од 29.09.2011. г.; Уж 518/2008 од 27.12.2010. г.; Уж 294/2008 од 11.02.2010. г. Супротно једино Јакшић², т. 470.

⁴ Уп. чл. 208 ЗПП 56; чл. 219 ЗПП 76; 220 ЗПП 04.

спомињу као „афирмација расправног начела“,⁵ заправо немају такав значај. То што странка може да поднесе тзв. приватно вештачење, које ће се користити у парници ништа није променило у односу на ЗПП 04, јер је и тада уопште до доказивања могло да дође само на предлог странке. Да је приватно вештачење исто тако доказно средство као и свако друго, показује начин његовог коришћења: доноси се *доказно решење* како би оно могло да се вреднује, и то на основу слободне оцене.⁶ Према томе, једина је разлика у односу на класично вештачење та што суд не одређује вештачење и личност вештака претходно, већ одређује извођење таквог доказа који је већ спреман. Уколико суд сматра да вештачење уопште није потребно, наравно да неће доносити доказно решење ни у погледу овог тзв. приватног вештачења. Што се тиче института тзв. писане изјаве сведока, иначе вишеструко спорног, ни оно нема никакве везе са расправним начелом. То што суд не испитује сведока, већ користи његову писану изјаву суштински као исправу, показује да се овај институт односи на начин извођења доказа, а не питање иницијативе; и у ЗПП 04 сведока као доказно средство је морала странка да предложи.

II. Одредбе ЗПП о активности судије на плану прикупљања процесног материјала

Основна одредба која је била мање више непромењена још од Грпп о дужности питања у ЗПП је добила нову редакцију (чл. 313). Уместо прилично широког и садржајног одређења, сада она гласи: суд ће постављањем питања да се стара да се у току расправе пруже потребна објашењења, да би се утврдиле чињенице од којих зависи одлука о основаности захтева (чл. 7 ст. 2). Но, остале одредбе, које су се исто тако односиле на судијску активност у оквирима правила расправног начела, остале су неизмењене. Тако суд може да позове странку која има пуномоћника да се лично пред судом изјасни о чињеницама које треба да се утврде у парници (тзв. информативно саслушање странке [чл. 85 ст. 8 ЗПП]). На припремном рочишту, ако је потребно, суд ће да затражи од странака разјашњење у погледу њихових навода или предлога (чл. 305 ст. 2 ЗПП). И уопште, суд руководи расправом, он *испитује странке* и изводи доказе (чл. 326 ст. 1 ЗПП), односно суд је дужан да се стара да се предмет спора свестрано расправи, да се поступак не одуговлачи и да се расправа по могућности доврши на једном рочишту, односно у временском оквиру (чл. 326 ст. 2 ЗПП). Као новину треба означити и одредбу која предвиђа изричито садржај активности суда на припремном рочишту; осим што треба да „утврди“ које су чињенице спорне, а које неспорне (што је био смисао и ранијег припремног рочишта!), суд треба да утврди и која би *правна питања* требало да се расправе (чл. 308 ст. 2 ЗПП).

⁵ Образложење ЗПП, 113; *Лутовац* Билтен ВКС 3/2011, 99 (100/101).

⁶ Тако у резултату и *Г. Станковић* ПИ 2/2012, 13 (15).

III. Преклузија процесног материјала у првостепеном поступку; новоте у жалби

Засигурно најзначајнија, а можда и једина промена на плану прикупљања процесног материјала представља не увођење, већ враћање система преклузија у погледу тврдњи и доказних предлога у првостепеном поступку. Без обзира како је она уређена, већ на овом месту се мора истаћи да је Грпп – израђен на *Клајновој* идеји оштрих последица пропуштања – предвиђао преклузије и поред принципа јединства главне расправе. Како је речено, напуштање концепта Грпп након Другог светског рата је било идеолошки условљено и представљало је кључни показатељ напуштања једног модела поступка и формирања другог.⁷

ЗПП предвиђа да су странке дужне да закључно са припремним рочиштем поставе све тврдње и предложе све доказе. Након тога је могуће постављање тврдњи и предлагање доказа само ако странка учини вероватним да без своје кривице није то могла да учини на припремном рочишту (чл. 314 ст. 1 ЗПП).

У погледу питања новота у жалби решење из ЗПП 04 је измењено и рекло би се прецизирано. Као и у ЗПП 04 новоте су начелно забрањене, осим ако жалилац учини вероватним да без своје кривице није могао да их изнесе до закључења главне расправе (чл. 372 ст. 1 ЗПП). Одредба о утицају непредујмљавања трошкова за доказе на допуштеност новота је изостављена. С друге стране, одредба ЗПП 04 по којој су приговор застарелости и приговор компензације били апсолутно забрањени као новоте, сада је замењена одредбом општије садржине по којој су апсолутно недопуштене новоте сви материјалноправни приговори (чл. 372 ст. 2 ЗПП).⁸

IV. Напуштање дужности истинитих тврдњи

Дужност истинитих тврдњи која је уведена у домаће право са Грпп, и која је била додуше неразрађена током целокупног периода до данас, али неупитна, напуштена је са ЗПП. Ова промена, међутим, нити се спомиње у Образложењу Предлога ЗПП, нити је наишла на одјек. Ипак, у литератури има схватања да она још увек постоји; *Јакшић* је изводи из терета тврдње и дужности савесног вршења процесних радњи.⁹

⁷ В. горе § 18.

⁸ Ова одредба је само јасно изразила мисао раније одредбе која је забрањивала *expressis verbis* само приговор застарелости и компензациони приговор. Већ из последње се аналогично долазило до садашњег решења. Право је питање међутим шта су то уопште материјалноправни приговори, што нема значај само за питање новота.

⁹ *Јакшић*⁶, т. 602 и след.

§ 21 Важеће начело ЗПП у погледу сакупљања процесног материјала

Изложено нормативно стање поводом уређења прикупљања процесног материјала, тиме и расподеле одговорности за идеално чињенично стање, у стручној и научној јавности се различито схвата, што доводи до различитог схватања важећег начела. У том смислу је с једне стране део пре свега стручне јавности (судије) који заступају тезу о чистом расправном начелу. С друге стране је доминантна теорија, која је обазривија, али за коју је такође расправно начело важеће. Разлика између ова два схватања је фундаментална, јер су различита схватања поступка која су исходиште разматрања.

Након приказа наведена два правца, где је нагласак на схватању о чистом расправном начелу, биће заузет став поводом питања да ли расправно начело уопште постоји у ЗПП, и то спрам успостављене догматичке поделе расправног и ублаженог расправног начела.¹

I. Теза о афирмацији расправног начела: чисто расправно начело

1. Исходиште „афирмације“ расправног начела: ЗПП 76 је инквизиторни поступак

Једна од битнијих ставки у разматрању било код проблема прикупљања процесног материјала у данашњим више стручним него научним радовима је неизоставно наглашавање да је ЗПП 76 био инквизиторан поступак, односно да је у њему у најмању руку доминирало истражно начело.² Утолико се и говори о афирмацији расправног начела, што је постало опште место у великом делу литературе, коју чине пре свега судије, које су саме и примењивале ЗПП 76. Већ се овде треба запитати колико је такво схватање исправно, када је готово неупитан став у доктрини која је обрађивала ЗПП 76 био да расправно начело „преовлађује“, или да оно важи.

2. Смисао афирмације: од напуштања начела материјалне истине до пасивности суда; међуисход: чисто расправно начело

Значење афирмације подразумева да се уводи некаква новина. У контексту афирмације расправног начела први значај је имало напуштање начела материјалне истине са ЗПП 04. Једина новина је у односу на ЗПП 76 је било укидање дужности суда да *ex offio* изводи доказе ради истинитог и потпуног утврђивања спорних чињеница. У том смислу, наслањајући се већ раније присутно правило о везаности суда за тврдње странака, афирмисано је расправно начело тиме што су странке сада добиле неспорно и субјективни терет доказивања. Ипак, са наведеном афирмацијом

¹ В. горе § 5 III 3.

² М. Милошевић ИСП 10/2007, 5 (6); Милутиновић Билтен ВСС 3/2007, 315 (315 и след.). Тако већ и за време важења ЗПП 76, а у јеку припрема реформе М. Милошевић Информатор ДСС 2/2004, 17 (18 и след.); Ракић-Водинелић/Милошевић/Павловић, 27.

се није и завршила прича о њој. И након доношења ЗПП 04 се и даље говорило о неподобним остацима начела материјалне истине, пре свега мислећи на дужност суда да постављањем питања странкама обезбеди потпуно изношење процесног материјала. И то је био израз истражног начела.³ С друге стране, већ се у примени ЗПП 04 види маргиналност судијске дужности материјалног управљања парницом, јер се она уопште ни не спомиње. УС доследно понавља свој начелни став – одбацујући раније схватање СС⁴ – да је „принцип диспозиције“ апсолутно доминантан у односу на раније начело материјалне истине, и да суд нема овлашћење да изводи доказе по сл. дужности.⁵ Наравно, такав став није неисправан, али уколико се притом не спомиње чл. 299 ЗПП 04 као интегрални део једног модела, а ради се о начелном ставу, онда је јасно да је цитирана одредба безначајна. Још израженије у истом смеру иде УС када истиче шта значи афирмација расправног начела у контексту разлике у односу на ранији систем када је „превладало начело официјелности“.

Начело диспозиције, као примарно начело на коме почива парнични поступак према одредбама важећег Закона, има за последицу не само то да свака странка која тврди да има неко право сноси терет доказивања, већ да је и поучавање неуке странке сведено на минимум, а поучавање странке која има пуномоћника адвоката искључено. Законска афирмација расправног начела ставља странке у позицију да су дужне да пруже суду потребан процесни материјал, од обавезних елемената које тужба мора да садржи да би на основу ње могла започети парница, до доказа на којима заснивају своје тврдње у односу на постављени тужбени захтев, да би суд о њему могао одлучити.⁶

Јасно се види основна мисао афирмације расправног начела, а то је да је евентуално некаква активност суда на плану сакупљања процесног материјала могућа само ако је странка неука, док је то у потпуности искључено ако странка има адвоката. Ни у овом случају нема спомена чл. 299 ЗПП 04. С обзиром на ауторитет УС и на његов данашњи положај у којем он инсистира и на овлашћењу сопственог тумачења тзв. обичног права, јасно је колику тежину имају његови ставови. С друге стране се већ у то време у литератури при спомену утврђивања чињеничног стања апострофира да је у ЗПП 04 улога суда у процесу утврђивања чињеничне грађе ограничена на спречавање злоупотребе права и непоштовање принудних прописа који се тичу недозвољених располагања.⁷

Са садашњим ЗПП долази други талас афирмације расправног начела, што се готово у целокупној јавности прихвата (позитивно или негативно). Овог пута афирмација има отворено даљи задатак него прва. Наиме, ако је већ 2004. г. укинута начело материјалне истине и уведен је субјективни терет доказивања, те ако још од

³ Тако *М. Милошевић* ИСП 10/2007, 5 (8 и след.).

⁴ Ради се о схватању да субјективног терета доказивања нема у ЗПП 76; СС Гзс 48/00 СПС 2/2001, 141; ЗСО Ш/1-1978-79 = Збирка Ш/1734.

⁵ УС Уж 3020/2010 од 20.10.2011. г.; Уж 2689/2010 од 29.09.2011. г.; Уж 518/2008 од 27.12.2010. г.; Уж 1956/2009 од 01.03.2012. г.; Уж 137/2009 од 09.06.2011. г.; Уж 583/2008 од 01.04.2010. г.

⁶ УС Уж 1327/2008 СГ РС 14/2011; Уж 294/2008 од 11.02.2010.

⁷ Тако *Милутиновић* Билтен ВСС 3/2007, 315 (322). Ипак, она касније и истиче чл. 299 ЗПП 04 (323), али то не мења ништа ствар на концепцијском плану.

ЗПП 56 непромењено важи прво правило расправног начела, као и везаност суда за признање тврдњи, онда афирмација мора да уследи на другом плану. Без сумње то је питање активности суда и његове дотадашње дужности да се стара путем постављања питања да се изнесу потребне тврдње и предложи докази. Дужност питања је, како је речено, добило после више од 80 година нову редакцију (чл. 313 ЗПП). На тај начин се изгледа афирмисало расправно начело, и то изричитим смањивањем или чак елиминисањем активности суда. То је и основна замисао редактора ЗПП. На више него репрезентативан начин се истиче смисао „новог“ расправног начела:

[п]редложена формулација обавезује суд да узме у обзир само оне чињенице које су странке предложиле, у вези којих су изведени докази, јер странке се боре за своје интересе. Суд је арбитар који цени на основу одређених правила и посебно правила о терету доказивања (курз. М. К.).⁸

Штихворт афирмације расправног начела стога је пасивни положај суда на плану прикупљања процесног материјала. Јер, ако се уопште не спомиње чл. 313 ЗПП,⁹ нити друге одредбе које изражавају активност суда, онда је јасно да је суд пасиван. У том смислу се и говори о „доследној примени расправног начела, односно превасходној одговорности станака“, опет без било каквог спомена чл. 313 ЗПП.¹⁰ Замисао редактора ЗПП о пасивном суду и тоталном примату расправног начела даље преузима добар део стручне јавности, пре свега судије у својим објављеним радовима,¹¹ али и неки други аутори.¹²

Изложена смисао „афирмације“ расправног начела закључно са идејом о пасивном судији није ништа друго до теза о чистом расправном начелу. Ради се о чистој (вулгарној) максими која подразумева да је суд у потпуности пасиван, и да нема никаква ни овлашћења, ни дужности да утиче на формирање идеалног чињеничног стања. У томе је значење свих могућих начина изражавања ове идеје: од доминације, превладавања расправног начела, до важења формалне или процесне истине. Једном речју чисто расправно начело, онакво какво се приказује у уџбеницима као један замишљени модел и као оријентациона тачка могућег уређења поступка, јесте *важеће начело* у ЗПП.

3. Премисе схватања о чистом расправном начелу

А. Догматичка премиса

Схватање о чистом расправном начелу у догматичком смислу проналази своје оправдање у нужној логичкој корелацији важења правила расправног начела и

⁸ Образложење ЗПП, 108.

⁹ О њему наине уопште нема спомена у Образложењу ЗПП, иако дужност питања добија нову формулацију. Нажалост, то не треба да чуди, јер је читаво образложење новог закона који има 508 чланова има „рекордних“ 10 страна (*sic!*).

¹⁰ Уп. Образложење ЗПП, 107.

¹¹ Андријашевић Билтен ВКС 3/2012, 321 (323); Б. Живковић Билтен БГ 4 (2012), 37 и след.; уп. Лутовац Билтен ВКС 3/2011, 99 (100, 107).

¹² Козар, 18.

потпуној пасивности суда. Ради се, дакле, о догматичком оправдању. Ако странке, и само оне уносе процесни материјал, па стога имају и терете (пре свега терет доказивања, јер ово схватање скоро ни не познаје терет тврдње, иако би спрам своје оријентације итекако морало!), онда логички суд не сме да има никаква овлашћења на том плану, још мање и дужности. Једноставно, за ово схватање је већ на догматичком плану незамисливо да се прокламује одговорност странака, а да се суду придаје активна улога, па макар и у оквирима правила расправног начела. Узрок за овакав след размишљања би свакако био став да је било каква активност суда уједно и инквизиторно овлашћење. У том смислу се, када се уопште и говори о материјалном управљању парницом путем испуњавања дужности упућивања, говори о изразу начела „официјелности/инквизиторности“.¹³ Како је опште место да је истражно начело елиминисано, онда није ни тешко закључити да су одредбе које су његов израз занемарљиве. *Summa summarum*: ако важе правила расправног начела, онда *per definitionem* нема места за истражна овлашћења суда, где би спадала свака активност на плану прикупљања процесног материјала.

Б. Вредносне и/или идеолошке премисе

Поред изложене чисто догматичке премисе, много је значајнија она која се тиче вредновања модела. „Нов концепт парницења“ је без сумње испирисан вредностима слободе странака и одговорности. Основна вредност је приватна аутономија која се транспонује на план прикупљања процесног материјала у виду тоталне одговорности странака.¹⁴ Наиме, приватна аутономија би подразумевала да се ради о приватноправном спору, у којем су за исправно пресуђење заинтересоване само странке, не и држава.¹⁵ Због тога је и суд дужан да буде пасиван, и он не може да буде ни саодговоран. Одатле се долази до закључка који се јавља изричито или између редова: суд је арбитар и нема потребе да утиче на мериторни исход тако што ће бити ангажован на плану прикупљања процесног материјала; другим речима, држава није заинтересована за правилно пресуђење, јер је то искључиво ствар странака које се споре о правима којима иначе слободно располажу. Тек ако постоји – како то и наглашава УС¹⁶ – општи интерес у најширем смислу, држава треба да реагује тако што ће се суд активирати. То су изузетни случајеви (опасност од недозвољених располагања или породичноправни спорови), а у редовним важи општи принцип, који заправо није ништа друго до апсолутизован Вахов прицип „незаинтересованости државе за спор“.¹⁷ Доведено до релације са истином, нема

¹³ Тако Б. Живковић Билтен АС БГ 4 (2012), 37 (38); Андрејевић Билтен ВКС 3/2012, 91 (101). Имплицитно то чини и УС који када говори о расправном начелу, а не спомиње уопште материјално управљање парницом (горе изнад фн. 4-6). Тако већ и у жеку припрема за реформу 2004. г. М. Милошевић Информатор ДСС 2/2004, 17 (19 и след.).

¹⁴ Уп. Образложење ЗПП, 107 и след.

¹⁵ Доста индикативно Б. Живковић Билтен АС БГ 4 (2012), 37 и след.

¹⁶ Уж 304/2008 од 29.04.2010. г.

¹⁷ Треба ипак још једном нагласити да за Ваха судија није неми посматрач страначке борбе, већ има дужност питања; в. горе § 8 I.

уопште тежње за њеним утврђењем. *Б. Живковић* изричито то заступа, па закључује да за разлику од ранијег система

чињенично стање и не мора бити потпун одраз реалитета. Закон о парничном поступку заснован је на формалној (процесној), а не на материјалној истини. За одлуку у конкретној парничној ствари довољно је да се образује чињенична грађа по правилима Закона а не да се утврде и све правно важне чињенице које би *in toto* одговарале стварном стању.¹⁸

Из свега реченог произилази и призив идеолошких премиса. Једна тотална незаинтересованост државе за мериторни исход парнице и у складу са тим нужност пасивног судије схватање је екстремно либералне концепције парничног поступка на основу исте такве концепције државе, тј. идеологије. Мора се међутим признати да о томе нема изричитог говора, али је резултат евидентан. Ипак тврдимо да је основна премиса резултата управо идеолошка. Наиме, из полазне тачке да је ЗПП 56/76 био инквизиторни поступак, уз везивање инквизиторности (начела материјалне истине) за социјалистичко уређење, јер неспорно је ЗПП 76 из доба социјализма, долази се до закључка о неприхватљивости било какве активности суда. Константно акцентовање „афирмације расправног начела“ и показивање разлике у односу на ранији систем има управо такав значај и функцију.¹⁹ Јер, ако се нешто „афирмише“ то значи да то тада није било афирмисано. У резултату би се чак дошло и до закључка да ни начело диспозиције није било нешто значајно у ЗПП 56/76, јер се и у погледу њега говори о „афирмацији“.²⁰ Када се то стави у неизбежни идеолошки контекст, лако читалац долази до закључка да афирмација идеја које су израз приватне аутономије подразумева напуштање концепта у коме су оне биле маргинализоване. Како је тај ранији концепт био у време социјалистичког уређења, и он је стога у потпуности социјалистички. Томе у прилог иде и теза *Узелац* коју прихвата и *Ракић-Водинелић* да је у време СФРЈ парнични поступак служио држави за заштиту од страначке диспозиције.²¹ Упрошћено: улога судије као активног учесника поступка, као трећег субјекта који сноси одређену одговорност за идеално чињенично стање, реликт је социјализма; због тога у садашњем друштвеном и државном уређењу ни активан судија не само да није нужност, већ је изгледа противан основној вредности – приватној аутономији. У таквом мисаоном процесу и са таквим резултатом цену плаћа свака активност суда, а не само „озлоглашено“ извођење доказа по сл. дужности; јер, спрам догматичке премисе свака активност је инквизиторност. Пре свега цену плаћа судијска дужност упућивања и материјално управљање парницом уопште. Она је, исто као и извођење доказа по сл. дужности, интегрални део социјалистичког начела материјалне истине.

¹⁸ Билтен АС БГ 4 (2012), 37 (37).

¹⁹ Ово пре свега важи за УС који не пропушта прилику да нагласи да је раније владало „начело официјелности“, а да већ од ЗПП 04 потпуни примат има расправно начело, у којем суд може евентуално само да поучи неуку странку; пре свега Уж 1327/2008 СГ РС 14/2011; Уж 294/2008 од 11.02.2010. г.; уп. и одлуке у фн. 5.

²⁰ Уп. Образложење ЗПП, 107; *Козар*, 12.

²¹ Но, ни сам *Узелац* очито није поборник чистог расправног начела, с обзиром да он признаје *Тривино* начело отвореног правосуђења; уп. *Узелац*, Терет доказивања, 67.

То је и разлог због чега се она већином уопште и не спомиње. Да је оваква реконструкција идеје о нужности пасивног суда тачна показује *Козар*, који енергично прихватајући идеју редактора ЗПП о судији арбитра даје своје виђење дужности питања из чл. 313 ЗПП. За њега је дужност упућивања из ЗПП 56/76, али и из ЗПП 04 наметала суду улогу „провокаatora“ који је требао својим питањима да „испровоцира странке да изнесу чињенице и предложи доказе ради утврђивања материјалне истине.“ С обзиром на нову формулацију у ЗПП закључује да су знатно сужена овлашћења суда, јер она сада

обавезује суд да узме у обзир *само оне чињенице које су странке изнеле*, у вези којих су изведени докази које су странке предложиле, јер се странке боре за своје интересе, а суд је арбитар који те чињенице цени на основу одређених правила и посебно правила о терету доказивања. Зато се и *питања* суда на главној расправи могу односити само *на чињенице које су странке изнеле* и *на доказе које су странке предложиле* (курз. аутора).²²

Из овог изричитог става се показује оно што је карактеристично за мисао о афирмацији расправног начела и што је резултат ове реконструкције. То је етикетање и дужности упућивања суда као реликта социјалистичког схватања улоге суда у парничном поступку. Напротив, за ово схватање у поступку у којем треба да се обезбеди приватна аутономија странака кроз њихову тоталну одговорност за идеално чињенично стање, идеја о активном судији је страно тело, и то примарно из вредносних и/или идеолошких разлога. У резултату, као што то изричито показује *Козар*, суд не сме да провоцира странке да изнесу нове тврдње и предложи доказе.

В. Правнополитичке премисе: усклађеност са тзв. европским стандардима

Код свих аутора који заступају тезу о чистом расправном начелу, али и код редактора ЗПП, неизбежна компонента било какве аргументације је и позивање на тзв. европске стандарде и опште место да се мора обезбедити право на суђење у разумном року и право на правично суђење уопште. Прецизније, мора се рећи, идеја о пасивности судије нигде није изричито доведена у везу са некаквих европским стандардима, осим довођења у везу са правом на суђење у разумном року. Како је речено, начело материјалне истине је оцењено као негативно првенствено зато што онемогућује суђење у разумном року. Ипак, не може се порећи да постоји веза између замисли о испуњавању европских стандарда – ма шта они значили – и идеје о новом схватању поступка. Полазна тачка готово свих аутора је претходно начелно изражавање нужности новог концепта спрам испуњавања таквог правнополитичког циља. И у самом Образложењу Предлога ЗПП редактори образлажу доношење новог ЗПП.

²² *Козар*, 380.

Неопходно је било уградити све релевантне препоруке Савета Европе, као и пресуде Европског суда за људска права и упоредна законодавна решења других модерних држава из ове области.²³

Управо због наведеног, што је заправо манир текуће и перманентне реформе парничног поступка, посебна важност се даје „имплементирању препорука Савета Европе“. То се, изгледа, показује као нужност зарад циља доношења ЗПП – омогућавања чланства у ЕУ. У том смислу, ако се има у виду такав начин излагања, произилази и да је чисто расправно начело израз европских стандарда, поштовања ЕКЉП, па у том смислу и један од услова за чланство у ЕУ.

4. Резултат: ново схватање поступка; паралела са догмом о чистом расправном начелу из XIX века

У свом резултату теза о чистом расправном начелу је ново схватање поступка, што се и не крије.²⁴ Афирмација расправног начела је израз за нов концепт парничења који је битно другачији од ранијег. То и није неисправно, ако се пође од тога да је питање расподеле улога субјеката у погледу сакупљања процесног материјала један од најважнијих елемената схватања поступка. Ово питање је, како је и показано на упореднопрвним примерима, тесно повезано са фундаментима једног поступка – његовим циљем, улогом суда као државног органа, што у свом укупном резултату даје схватање поступка. Сходно идеји о чистом расправном начелу као постојећој максими, српски парнични поступак је стога један поступак у којем је судија само пасивни посматрач страначког двобоја.²⁵ У парници побеђује спретнији и вештији,²⁶ јер држава нема интерес да се донесе исправна пресуда.

Свакоме ко је имало читао системска дела како на српском, тако и на другим језицима, јасно је да овакав „нов концепт парничења“ представља схватање поступка из XIX века и – како се то у домаћим уџбеницима исправно истицало – модел поступка државе екстремно либералног капитализма. Како је у овом раду речено, ради се о схватању карактеристичном за доктрину општег права која је у зениту средином XIX века.²⁷ Када се има у виду то схватање, као и данашње српско схватање о „новом концепту парничења“ спрам изложене реконструкције, може се

²³ Образложење ЗПП, 107; ову мисао у потпуности преузима *Козар*, 10; у истом смислу и *Андрејашевић* Билтен ВКС 3/2012, 321 (321 и след.). Већ раније о потреби „усклађивања са европским стандардима“ и „имплементацији препорука Савета Европе“ изричито *Петровић-Шкоро* Билтен ВСС 3/2009, 353 и след.; *Андрејевић* Билтен ВСС 3/2009, 361 и след. Критички против маније за спровођењем препорука Савета Европе и његових тела *Јакшић*⁶, т. 569.

²⁴ Репрезентативно *Лутовац* Билтен ВКС 3/2011, 99 (100, 107): измењен је концепт парничења; у истом смислу и *Козар*, 18, 380; *Андрејашевић* Билтен ВКС 3/2012, 321 (323).

²⁵ Уп. *Козар*, 380 који образлаже негирање дужности суда да провоцира странке да изнесу процесни материјал са аргументом да се „странке боре за своје интересе, а суд је арбитар“.

²⁶ У том смислу наглашавајући мисао формалне истине *Б. Живковић* Билтен АС БГ 4 (2012), 37 (40): „[с]вакој странци дате су једнаке могућности са становишта остваривања права на приступ суду у процесном и материјалном смислу, али од њихових активности и *правне вештине* да благовремено изнесу све важне чињенице и употребе одговарајућа доказна средства зависи њихов успех у *in concreto* парници“ (курз. *М. К.*).

²⁷ В. горе § 6 П 1.

лако доћи до закључка о њиховој великој блискости, штавише идентичности. Наиме, садашње стање неодољиво подсећа на догму о расправном начелу у време када *Клајн* пише *Pro futuro* и коју критикује. Наравно, разлике постоје, а то је начин образложења схватања. Док је то крајем XIX века располагање чињеничним стањем као израз приватне аутономије, у том смислу позитивно образлагање, данас је то комплетна одговорност на странкама (негативна страна), опет као израз приватне аутономије. Ако је тада *Клајн* означио овакво виђење сликовито као идеју о страначкој својини на процесном материјалу, то и сада важи, и то у смислу да је она као свака својина неповредива. Због тога је и било каква активност суда по питању процесног материјала повреда ове својине, што је противно приватној аутономији као фундаменталној идеји која не дозвољава било какве изузетке. С друге стране, још једна паралела постоји, и то она чиста идеолошка. Баш као и у XIX веку, и сада се активност судије искључиво схвата као израз ауторитативне државе; тада је то било подсећање на просвећени апсолутизам и пруску државу, а сада код нас подсећање на социјализам. У резултату се долази до истог схватања поступка: он је бојно поље странака, а суд само надгледа борбу, без потребе да интервенише у било ком смислу. Расподела улога и одговорности је стога изричита и одсечна: концепт или-или (*entweder-oder*). Ради се о чистом моделу расправног начела, онако како је га је *Генер* направио за потребе науке. Изузетака нема, а одредбе које се односе на активност суда или треба занемарити, или их тумачити у складу са основном идејом пасивног суда. По среди није ништа до један израз (чисте) појмовне јуриспруденције, који због свог херметичног и искључивог приступа ни не дозвољава некаква средња решења. Међутим, у сваком случају, основна подлога је идеолошке природе.

II. Схватање доминантне теорије

Схватање о важећем начелу у доминатној теорији, коју чине професори универзитета, сасвим је другачије од изложене тезе о чистом расправном начелу. Наиме, нема говора о њему.

Приступ законодавца и резултат у виду ЗПП се заиста види као додатна афирмација расправног начела, али се то прво критикује спрам схватања поступка и његовог циља, док се с друге стране указује да активна улога суда још увек постоји. Но, у резултату се може рећи да је опште схватање да је расправно начело важеће, али које у својој конкретизацији никако није чисто.

Мисао о активној улози суда је манифестована већ тамо где јој је и место, а то је код дефинисања само важећег начела. Наиме, истиче се – са различитим интензитетом, да суд није пасиван, већ да има још увек активну улогу – дужност питања.²⁸ На концепцијском плану се то доводи у везу са модерним и још увек владајућим концептом у немачком и аустријском праву. У том смислу се и

²⁸ Уп. *Г. Станковић*, ЗПП³, 15 и след.; *иста* ПИ 2/2012, 13 (15) *Кеча*⁵, 136 и след.; *исти* ЗбоНС XLVII/3 (2013), 75 (86); *Јакшић*⁶, т. 602 и след.; нешто дистанцираније *Бодирога*, Нови ЗПП, 33 и след.

критикује тежња ка чистом расправном начелу као повратак у XIX век. Најинтензивније Јакшић показује да је чисто расправно начело одавно превладано. У складу са германском парадигмом поступка у виду негирања тезе да успех треба да зависи од вештине странака, исто заступа и за ЗПП.²⁹

О значају дужности питања се такође подробније излаже, и оно што је најважније, закључује се да сама редакција ЗПП не даје основу за тезу о пасивном суду. И поред прокламоване идеје редактора ЗПП он још увек садржи одредбе о активној улози суда на плану прикупљања процесног материјала. Такве одредбе, и то чл. 313, 326 ст. 2 ЗПП нису маргинализоване, већ супротно – афирмишу се. Јакшић целокупну судијску дужност питања интегрално схвата као концепт расветљавања чињеница, који се не исцрпљује само у постављању питања ради изношења чињеница, већ се односи и на доказне предлоге, односно на разјашњавање нејасних навода и предлога. Ова дужност није ограничена само на неуке странке, тј. она постоји независно од околности да ли странка има адвоката или не. Но, важење је да се истакне да је расветљавање чињенице код Јакшића одступање од расправне максиме.³⁰ С друге стране, Кече цитиране одредбе посебно образлаже концептом *iura novit curia*. Наиме, од странака се не може очекивати да увек и знају које су чињенице битне, односно не може се очекивати да знају у потпуности расподелу терета тврдње и доказивања. Утолико је дужност упућивања иманентна таквом концепту; све док он постоји, немогуће је захтевати од странака тако нешто.³¹

Сходно изложеном, може се закључити да је за доминантну теорију у ЗПП важеће расправно начело. Утолико у теоретском смислу исто закључује као и теза о чистом расправном начелу – и једни и други говоре ипак само о „расправном начелу“. Међутим, разлика је фундаментална. Не само да се не негира концепт активног и очигледно саодговорног суда, већ се он афирмише. Опет, на теоријском плану то јесте одступање од важећег начела, али то никако није лоше решење; напротив, оно је нужно. Као последица тога је и сасвим другачије схватање поступка. Грубо, очувана је парадигма досадашњег модела поступка: успех не зависи о вештине странака, већ треба да „победи“ странка која је у праву. У резултату, нема говора о „новом концепту парничења“ – ЗПП није донео пресудну промену.

III. Ублажено расправно начело као важеће начело у ЗПП

1. Експозе о ублаженом расправном начелу

Супротно од, изгледа, данас јединственог схватања, важеће начело ЗПП није расправно начело, још мање чисто расправно начело. Важеће начело је ублажено расправно.

²⁹ Јакшић⁶, т. 602; исто и Кеча ЗбоНС XLVII/3 (2013), 75 (86).

³⁰ Јакшић⁶, т. 602 и след.

³¹ Кеча⁵, 137; исти ЗбоНС XLVII/3 (2013), 75 (84 и след.)

У догматичком смислу се ради о моделу који подразумева да важе правила расправног начела, али да суд има општу дужност питања. У том смислу, странке имају одговорност за формирање идеалног чињеничног стања, као и право располагања са њиме, али и суд сноси саодговорност. Странке постављају тврдње и тиме одређују уопште могући оквир чињеничних утврђења суда; оне сnose терет тврдње. Даље, оне одређују и потребу доказивања; признање тврдњи, као и неоспоревање, везује суд. На крају, у случају да постоји потреба за доказивањем странке предлажу доказе; оне имају субјективни терет доказивања. Ипак, суд је дужан да својим питањима утиче да странке изнесу потребне тврдње, да се изјасне на тврдње противника и да предложе доказе. Другим речима, суд је дужан да утиче на странке да санирају дефиците процесног материјала. У томе се види његова саодговорност, јер неиспуњавање дужности представља грешку суда, што се манифестује на плану правних лекова. Међутим, дужност суда није инквизиторна и на суд не прелази у потпуности одговорност. Даље од утицања на странке да оне санирају дефиците суд не сме ићи. Стога је последња одговорност на странкама.

У наредним тачкама ће се образложити схватање о ублаженом расправном начелу као важећем начелу у ЗПП. Оправдање је подељено на два дела. У првом, догматичком, садржана је аргументација да већ из саме редакције ЗПП проистиче ублажено расправно начело. С обзиром да такво оправдање спрам данашњег учења о методологији није довољно, у другом делу је садржана правнополитичка аргументација. У оба дела циљ је пре свега обарање тезе о чистом расправном начелу, односно слободно се може рећи догме; јер, ако не постоји нити догматичко оправдање, нити правнополитичко, онда је мисао о чистом расправном начелу једна догма – једно „вјеруј“³² и ништа више. Са обарањем такве тезе се долази и до оправдања да расправно начело не постоји. Јер, уколико суд има општу дужност питања, онда је важеће ублажено расправно начело.

2. Догматичко оправдање

А. Одговорност странака за идеално чињенично стање, одн. право располагања идеалним чињеничним стањем

На овом месту не треба само образложити важење правила која подразумевају слободу и одговорност странака у погледу идеалног чињеничног стања у техничком смислу, већ је потребно и показати да њихов смисао у потпуности постоји у ЗПП. Институти који су нужне последице моделског расправног начела, али и ублаженог, јесу позитивноправни институти српског парничног поступка.

а) Везаност суда за тврдње странака; објективни терет тврдње

³² Парафраза В. Благојевића, 8.

Већ у систему ЗПП 56/76 је било прописано основно правило расправног начела да је суд везан тврдњама странака, и да не може да утврђује чињенице које странке нису навеле. Стога је и постојао објективни терет тврдње, иако као појам није био нити до краја разрађен, нити афирмисан.³³ Ни ЗПП 04 није донео никакву промену у том сегменту,³⁴ иако је било неразумевања праксе и дела теорије поводом формулације чл. 7 ст. 2 ЗПП 04.³⁵ У сваком случају садашња формулација чл. 7 ст. 2 ЗПП не би требала да оставља никакву сумњу, јер ће суд „да размотри и утврди само чињенице које су странке изнеле“. Према томе, суд је везан тврдњама странака, па не може да користи за подлогу пресуђења чињенице које странке нису навеле. Другим речима, чињенично стање принципијелно чине само оне чињенице које су странке уопште навеле. Спрам тога, као нужна последица постоји објективан терет тврдње. Суд је дужан да донесе пресуду уз испуњеност процесних претпоставки упркос дефициту тврдњи као првог и основног процесног материјала у парничном поступку где важе правила расправног начела. Без обзира што то није изричито регулисано, као што је то случај за објективни терет доказивања (чл. 231 ст. 1 ЗПП), концепт објективног терета тврдње је иманентан систему ЗПП. Треба само поновити резултате истраживања у погледу овог концепта.³⁶ Ради се о помоћном инструменту који је својствен правилу да тврдње странака везују суд. Иако суд у случају дефицита тврдњи не може да примени норму, и једина логичка последица је немериторно окончање поступка, уставноправна обавеза пресуђења у случају испуњености процесних претпоставки захтева постојање система секундарних норми усмерених ка суду ради превазилажења ове патолошке ситуације. Треба само напоменути да обавеза пресуђења не произилази само из уставноправног права на правосуђе (чл. 32 ст. 1 Устава), већ и сам ЗПП то налаже (чл. 2 ст. 2 ЗПП).

Правило да је суд везан за тврдње странака и да не може мимо навода да утврђује чињенице је на општем нивоу неспорно у доктрини.³⁷ С друге стране, терет тврдње се спомиње, али не на начин како је изложено. Ипак, постоје схватања у литератури која нису у потпуности у складу са изложеним, може се рећи, општим местом.

Јакшић истиче да поред тога што важи расправна максима, и што суд може да утврђује само чињенице које су странке изнеле, он ипак може и да утврђује друге чињенице, које странке нису изнеле, ако су од значаја за основаност тужбеног захтева.³⁸ Аргумент за такав став је чл. 313 ЗПП.³⁹ Управо спрам чл. 313 ЗПП се

³³ В. горе § 17 I 1, § 18 II 1.

³⁴ Тако и устаљена пракса УС; *Кеча*, 122 и след.; *Г. Станковић* у: Новине у ГПП, 20 и след.; *Познић/Ракић-Водинелић*¹⁶, т. 245 и след. У том смислу је и погрешна констатација *М. Милошевића* ИСП 10/2007, 5 (7), да је са ЗПП 04 „повећан значај терета тврдње“.

³⁵ Уп. *Јакшић*², т. 470 и след., 493.

³⁶ В. горе § 4 II.

³⁷ Уп. *Кеча*⁵, 136 и след.; *Г. Станковић* ПИ 2/2012, 13 (15); *уста*, ЗПП³, 15; *Бодирога*, Нови ЗПП, 33 и след.

³⁸ *Јакшић*⁶, т. 606, 2406.

³⁹ *Јакшић*⁶, т. 606.

наведено схватање не може прихватити.⁴⁰ У њему је фундирана дужност питања која је комплементарна правилу о везаности за тврдње. Сама редакција нормe не даје основ за њено тумачење у правцу истражног овлашћења, јер се изричито наводи да ће се суд старати да се *пруже* потребна обавештења; његова је дужност да пита странке, како би оне, и само оне, поставиле потребне тврдње.⁴¹ Тек тада суд може да утврђује чињенице. Но, чак и да се прихвати *Јакшићев* став, онда би доследно требало да се прихвати и да суд може да изводи доказе *ex offio*; јер, чему овлашћење утврђивања чињеница које странке нису изнеле, ако суд уједно не може да изводи доказе о њима?

С друге стране, помало другачије схватање има и *Кеча*. Иако је његова аргументација дата у контексту терета доказивања, и у служби другог циља – наглашавања потребе за вршењем дужности питања – ипак се у његовом ставу види релативизовање основног правила расправног начела. Наиме, наглашава да суд има обавезу да приликом доношења пресуде располаже свом потребном чињеничном грађом,⁴² односно суд је дужан да утврди да ли постоје чињенице које улазе у диспозицију нормe која се примењује.⁴³ У резултату, али без довођења у контекст дужности питања, *Г. Станковић* истиче да суд има дужност да у потпуности утврди чињенично стање.⁴⁴ Чини се да се о таквој дужности суда не може говорити у поступку у којем важи ублажено расправно начело, и за то нема ни нормативног ослонаца. Ако се при томе не спомиње прво и основно правило да суд може уопште нешто да утврђује уколико су странке то и изнеле, односно да је претпоставка за *non liquet* испуњеност терета тврдње, онда је питање да ли уопште и важе чл. 7 ст. 2 ЗПП, односно у смислу цитираних аутора, расправно начело уопште. У резултату овим се негира постојање терета тврдње. Невезано за проблем саодговорности суда, када важи прво и основно правило ублаженог расправног начела да суд може да користи за формирање чињеничног стања само чињенице које су странке навеле (чл. 7 ст. 2 ЗПП), нужна је последица да он нема дужност или обавезу да располаже свом потребном грађом. То је могуће само ако он има истражне дужности, што неспорно није случај у ЗПП. Кризна ситуација у виду дефицита тврдњи реално постоји, ма колико она треба да буде маргинална. У концепцијском смислу то значи да у ЗПП суд није дужан да располаже свим чињеничним материјалом. Као што је речено, суд има дужност да утиче на странке да му се омогући да располаже потребним чињеничним супстратом за примену права, али управо због тога што од странака зависи да ли ће до тога доћи, не може се говорити на наведени начин.

За потврду постојања објективног терета тврдње, уз чл. 7 ст. 2 ЗПП, кључна је одредба чл. 319 ст. 1 ЗПП. Она се односи на закључење главне расправе и одређује када се може донети пресуда: када суд сматра да је предмет расправљен

⁴⁰ Тако у резултату и *ОдЛС ПАС* Билтен СППС 3/2012.

⁴¹ Тако је и схватан и чл. 298 ЗПП 76, в. горе § 15 III 2. Исто тако, одговарајућа одредба која установљава дужност питања и упућивања у немачком праву (§ 139 нГрпп) се на исти начин схвата, в. горе § 9 VI 1.

⁴² ЗбоНС XLVII/3 (2013), 75 (81).

⁴³ ЗбоНС XLVII/3 (2013), 75 (79).

⁴⁴ ПИ 10/2013, 45 (49).

тако да се може донети одлука, саопштиће да је главна расправа закључена. Појам који треба да значи да је могуће пресуђење се у науци у складу са предратном терминологијом (§ 257 ст. 1 Грпп) и заправо германским узорима (§ 300 ст. 1 нГрпп; § 193 ст. 1 аГрпп) означава као (са)зрелост за пресуђење (*Spruchreifeigkeit*).⁴⁵ Овај појам се схватао у већинској југословенској доктрини за време ЗПП 56/76 тако да је ствар била зрела за пресуђење онда када је суд утврдио све чињенице, тј. када се спровео доказни поступак и створило уверење.⁴⁶ Тако се изгледа закључује и данас за чл. 319 ст. 1 ЗПП.⁴⁷ Показује се као карактеристично да се појам зрелости за пресуђење схвата у инквизиторском смислу – уопште се не спомиње да једноставно није могуће утврдити битне чињенице, јер их странке нису ни изнеле, што свакако значи да и нема доказивања. Такво резоновање и елиминише логику ублаженог расправног начела, што је заправо показатељ да је оно маргинализовано при схватању првостепеног поступка. Јер, ако се сматра да је ствар зрела за пресуђење само онда када је суд стекао уверење, или евентуално када постоји након доказивања *non liquet*, онда се ствара утисак да је парнични суд у истој ситуацији као рецимо кривични суд у класичном кривичном поступку. Другим речима, као да је нужно за пресуђење да постоји уверење суда о свим битним чињеницама, које је увек резултат доказивања. Да то није тако у парничном поступку говори већ и уређење признања тврдњи; могуће је да је целокупно чињенично стање резултат признања, тј. да је оно неспорно.⁴⁸ С друге стране, што је много важније овде, могуће је и да постоји дефицит тврдњи, јер суд не може да утврђује чињенице које странке нису изнеле, па ни у форми фикције.⁴⁹ Због тога зрелост за пресуђење у парничном поступку не подразумева само да је суд утврдио на процесноправно релевантан начин чињенично стање, већ и онда када утврди да постоји дефицит тврдње. Сама редакција чл. 319 ст. 1 ЗПП на крају и не говори о услову сазрелости као о утврђењу чињеница, или о доказаности, већ о расправљености предмета спора. Који је прави значај „расправљености“ тиче се судијске дужности питања, и овде није од значаја. Битно је то да у поступку у којем је суд везан за тврдње странака ствар може бити зрела за пресуђење и када суд није у могућности да формира потпуно чињенично стање, јер постоји пре свега дефицит тврдње – расправљеност не искључује дефицит тврдње, већ га подразумева. Уз то, у таквој ситуацији је суд дужан да донесе пресуду, што чини применом норми терета тврдње. Одредба чл.

⁴⁵ Уп. *Трива/Белајец/Дика*⁶, 460.

⁴⁶ *Трива/Белајец/Дика*⁶, 460; *Трива* у: *Цуља/Трива*, Коментар II, 61 и след.; *Д. Петровић* у: *М. Јанковић и др.*, Коментар³, 323; уп. *Бачић* у: *Познић/Вражалић/Бачић*, т. 1 уз чл. 293.

⁴⁷ Изричито *Петрушић/Симоновић*, 592. Међутим, треба истаћи и да се већина литературе данас и неизјашњава у погледу питања када је заиста ствар сазрела за пресуђење, јер се истиче само законски текст; уп. *Јакишић*⁶, т. 2081; *Кеча*⁵, 229; *Г. Станковић*⁷, 410.

⁴⁸ На то указује у контексту зрелости за пресуђење и *Познић*, Коментар, 716. С друге стране, постојање могућности пресуде без усмене расправе (чл. 291 ст. 2 ЗПП) потврђује ову мисао у потпуности.

⁴⁹ Утврђивање непостојања битне чињенице која није изнета путем фикције је управо *Мусилаков* став, који у резултату сам крши чл. 7 ст. 2 ЗПП. За критику в. горе § 4 П 3 В а).

319 ст. 1 ЗПП је израз и права на правосуђе⁵⁰ и има исти смисао као и чл. 2 ст. 2 ЗПП, па би негирање схватања о терету тврдње представљало повреду права на правосуђе, или уколико би се желела избећи, негирање ублаженог расправног начела и прелазак на истражну концепцију активности суда. За то ЗПП не даје ни најмањег повода. Објективни терет тврдње постоји и у том смислу се мора схватити и чл. 319 ст. 1 ЗПП.

Потребно је међутим отклонити евентуалне приговоре изложеном схватању који би произишавали из редакције појединих одредаба ЗПП. У том смислу, могло би да се каже да је удовољавање терету тврдње у тужби претпоставка њене „уредности“, тј. да је конклузивност тужбе претпоставка њене допуштености. Заиста, чл. 192 ст. 1 ЗПП предвиђа да тужба мора да садржи „чињенице на којима тужилац заснива свој захтев“. Стога изостављање појединих чињеница – неконклузивна тужба услед непотпуности – би био разлог за одбачај тужбе. Томе се међутим противи читав систем ЗПП који омогућава и касније изношење чињеница, што подразумева да се она накнадно може учинити конклузивном, и то управо и посредством дужности упућивања; то је и традиционална аргументација теорије и праксе за решење овог проблема.⁵¹ Поред наведеног, што је свакако исправно, говори и додатна аргументација. Прво, неконклузивност тужбе услед непотпуности не може да буде разлог за одбацивање тужбе, с обзиром да ЗПП налаже суду да и овакву тужбу достави туженом на одговор. То произилази из одредаба о поступању суда у случају пропуштања одговора на тужбу, јер се управо рачуна са неконклузивношћу: суд у том случају заказује припремно рочиште на којем тужилац треба да постави дефицитарне тврдње како би избегао одбијање захтева (*arg.* чл. 350 ст. 3 ЗПП).⁵² Друго, када би се конклузивност тужбе сматрала условом њене допуштености, то би значило и да одредба о одговору на тужбу има тај значај, јер је предвиђено да је тужени дужан да изнесе „чињенице на којима заснива своје наводе“ – своју одбрану (чл. 298 ст. 3 ЗПП). Дакле, уколико би тужени пропустио да изнесе у потпуности чињенице које се тичу његове одбране (нпр. истиче да се потраживање туженог угасило компензацијом, али не наводи да је његово потраживање било доспело у време компензације), одговор би био са недостатком

⁵⁰ Тако и владајуће схватање у Немачкој за одговарајућу одредбу нГрпп (§ 300 ст. 1); уп. *Vollkommer in: Zöller, ZPO*²⁶, § 300 Rn. 2 аЕ; *Saenger in: Нк-ZPO*², § 300 Rn. 2. Треба међутим напоменути да *Zenker* – без додатне аргументације – сматра да одговарајућа одредба нГрпп о зрелости за пресуђење (§ 300 ст. 1) садржи обавезу пресуђења, која је израз права на правосуђе тужиоца (*Saenger in: Нк-ZPO*², § 300 Rn. 2), што се не може прихватити. Обе странке имају право на правосуђе, односно обавеза пресуђења је установљена у корист обе странке, па зато – у контексту домаћег стања – и чл. 319 ст. 1 ЗПП треба схватити као гаранцију права на правосуђе како тужиоца, тако и туженог.

⁵¹ *Познић*, Коментар, 249; *ВСХ* Рев 2161/85 ПСП 30-1986-110; *ВСВ* Гж 130/1960 Гласник 4/1960, 29; *ОК БГ* Гж 14530/05 Билтен ОК БГ 73 (2006), 138; *ОК* у *Шибенику* Гж 71/77 ЗСО Ш/1-1978-81. Супротно једино *ВПС* СП 1/2001-95.

⁵² Потврда тога је и униформна пракса инстанционих судова још од ЗПП 56 до данас у случају да је донета контумациона пресуда, а тужба је била неконклузивна услед непотпуности. Таква пресуда се по правном леку (жалби или ревизији) укида и враћа првостепеном суду на даље поступање, али без налога да се тужба врати на исправљање, што би била последица става да је испуњавање терета тврдње услов уредности тужбе; уп. *ВСС* ИСП 11/1998-97; *ВСБХ* ЗСО XVII/1-1972-23; ЗСО XVI/2-1971-239; *ВСХ* Гж 1048/68 НЗ 22 (1968), 420; *ВСВ* Гж 1498/65 Гласник АКВ 4/1966, 27

(неуредан одговор на тужбу). Последица тога је фикција да није ни дат (чл. 300 ЗПП), и кроз то отварање врата пресуди због пропуштања. Поремећена равнотежа је видљива: грешка тужиоца је само одбацивање тужбе, а грешка туженог потенцијална пресуда због пропуштања, дакле правноснажни губитак спора.⁵³ Управо и због тога, због разлога обезбеђивања правичног поступка, конклузивност тужбе не може да буде претпоставка њене допуштености. Одредба чл. 192 ст. 1 ЗПП по свом пореклу има функцију потврде теорије о супстанцираности и негирање теорије индивидуализације, што нема везе са питањем расправног начела. Наиме, обе теорије се везују за (ублажено) расправно начело и тичу се само питања уредности тужбе у крајњој линији.

На основу изложеног поизилази да важи прво и основно правило ублаженог расправног начела – суд је везан тврдњама странака, и чињенично стање могу да образују само чињенице које су странке навеле. Због тога, уз постојање уставне обавезе да се пресуди у случају испуњености процесних претпоставки, постоји и објективни терет тврдње. Странке су одговорне за идеално чињенично стање, а може се и рећи да кроз неизношење тврдњи оне могу да располажу са њим, чиме оне и детерминишу садржај пресуђења.

б) Одређивање потребе доказивања вољом странака

Друго правило ублаженог расправног начела, да странке одређују потребу за доказивањем, такође је присутно у ЗПП. Од ЗПП 56/76 предмет доказивања су само спорне чињенице, што је и данас случај (чл. 230 ст. 1 ЗПП). Стога странке имају и право да детерминишу чињенично стање, и тој мери су и одговорне за његово фомирање. Поред опште одредбе о признању тврдњи, то је потврђено и постојањем пресуда због пропуштања и изостанка, као и пресудом без одржавања усмене расправе. Контумационе пресуде се заснивају на фикцији признања тврдњи из

⁵³ Ова разлика је још наглашенија у смислу могућности санирања таквог недостатка: ако је тужбу подигао тужилац, а не у његово име пуномоћник, она би му се враћала на исправак; у случају да странка има пуномоћника, суд би морао да пре одбацивања закаже рочиште, што опет имплицира да се даје могућност „исправке тужбе“ (нови чл. 294 ст. 2 ЗПП). У случају неуредног одговора на тужбу према језичкој формулацији ЗПП би произишло да враћања на исправак, тј. могућности за санирање нема. О критици тога уопште, али са остајањем при ставу да важи такво уређење *Јакшић*⁶, т. 1913; *Кеча*⁵, 220; *Ракић-Водинелић* ПЗап II (2011), 515 (529 и след.) Супротно, у литератури постоји и схватање које цитирану одредбу схвата тако да ипак има месту враћања на исправак, и то под истим условима као и за тужиоца, дакле да одговор за туженог није дао његов пуномоћник; став се образлаже позивом на једнакост странака из чл. 2 ст. 1 ЗПП; *Б. Живковић* СП 7-8/2006, 52 (54). Последње схватање, које није ништа друго до уставнокомфорно тумачење чл. 300 ЗПП, треба прихватити. Неузимање у обзир неуредног одговара на тужбу *a limine litis* је директно противно уставној гарантини равноправности странака (једнака законска заштита [чл. 21 ст. 2 Устава]; право на правично суђење [чл. 32 ст. 1 Устава]). Такав вид тумачења, али и као метод унапређења права (*Rechtsfortbildung*), иманентан је савременој методологији права у контексту мисли о правној држави (уп. *Larenz, Methodenlehre*⁴, 329 и след.), па стога ништа друго ни не важи и за процесно право (уп. *Fasching* JBl 1990, 749 [753]; *Vollkommer* in: *Zöller, ZPO*²⁶, Einl. Rn 100 и след.), већ можда тим пре. Мисао о нужности уставнокомформног тумачења као метода чини се да код нас први уводи *Водинелић*, Уводне теме, т. 454. Данас *Ненадић*, иначе судија УС, отворено подржава уставнокомфорно тумачење норми од стране редовних судова и на тај начин афирмише овај начин тумачења и код нас; уп. *Ненадић* у: Улога и значај Уставног суда, 71 (90 и след.).

тужбе,⁵⁴ док се пресуда без одржавања усмене расправе доноси када након одговора на тужбу „нема спорних чињеница“, што подразумева да постоји – у најмању руку – признање тврдњи.⁵⁵ ЗПП на крају само додатно потврђује мисао о непосредном праву странка да детерминишу чињенично стање, јер се „не доказују чињенице које нису оспорене“ (чл. 230 ст. 1 *in fine*). Према томе, предмет доказивања не могу да буду не само признате тврдње, већ и оне које нису оспорене. Странке одређују потребу за доказивањем не само као до ЗПП активно (признањем) или пасивно (пропуштањем одговора на тужбу), већ и пасивно на општем нивоу (принципијелно свако неоспоревање). У том смислу је изричито уведен концепт терета изјашњења, који има за последицу фикцију признања тврдњи.⁵⁶

На основу изложеног, важи и друго правило ублаженог расправног начела – странке одређују потребу за доказивањем. Оне директно располажу идеалним чињеничним стањем, и у тој мери су одговорне за њега.

в) Везаност суда за доказне предлоге; субјективни терет доказивања

Од ЗПП 04 суд више нема овлашћење, још мање дужност, да изводи доказе по сл. дужност, већ само ако је једна од странака то предложила. То је резултат напуштања начела материјалне истине и представља једну од најважнијих ставки реформе парничног поступка, што је било потврђено у судској пракси,⁵⁷ а у доктрини је исто тако било неспорно.⁵⁸ Изузетак је *Ракић-Водинелић* која је сматрала да у ЗПП 04 суд има заправо иста овлашћења као и у ЗПП 56/76; изричито наводи на више места да суд може да одреди и извођење неког другог доказа, а не оног који је странка предложила, па чак иако се странке томе противе.⁵⁹ Основ за такав став је био како чл. 7 ст. 2 ЗПП 04,⁶⁰ тако и чл. 7 ст. 3 ЗПП 04.⁶¹ С обзиром на јасну редакцију ових одредаба, није постојао ниједан разлог за изложено схватање; у новелираном чл. 7 ст. 2 ЗПП 04 је изричито било предвиђено да „суд утврђује чињенице од којих зависи одлука о основаности захтева, на основу предложених и изведених доказа“,⁶² док се чл. 7 ст. 3 ЗПП 04 изричито односио на истражна овлашћења за случај опасности од недозвољених располагања.

⁵⁴ О тој тези општирије доле § 23 II 4.

⁵⁵ Супротно, *Ракић-Водинелић* за стање ЗПП 04, које је иначе редакцијски непромењено у смислу ЗПП, сматра да ова пресуда не постоји јер за њу не постоји законски ослонац; *Познић/Ракић-Водинелић*¹⁶, т. 272. О овоме општирије доле § 27 IV 1.

⁵⁶ Општирије доле § 23 II.

⁵⁷ *ГО ОкС НС* Билтен ОкС НС 10-2010-4;.

⁵⁸ Уп. *Г. Станковић* у: Новине у ГПП, 21; *Кеча*, 123.

⁵⁹ *Познић/Ракић-Водинелић*¹⁶, т. 244 и след., 556.

⁶⁰ *Познић/Ракић-Водинелић*¹⁶, т. 246.

⁶¹ *Познић/Ракић-Водинелић*¹⁶, т. 556.

⁶² Цитирано дело је обухватило Новелу ЗПП 04 из 2009. г., која је ступила на снагу 29. XII 2009. г. (уп. стр. III: „[р]укопис је израђен на основу стања законодавства и праксе на дан 31. XII 2009. г.“), а сам аутор узима у обзир решења Новеле на другим местима (уп. нпр. т. 150, 189, 415)

ЗПП на недвосмислен начин само преузима успостављену концепцију ЗПП 04. Докази се изводе искључиво на предлог странака (чл. 7 ст. 2 ЗПП).⁶³ Доказивање зависи од воље странака, и то је доследно конкретизовано у целом ЗПП. Истражна овлашћења суда у овог сегменту постоје само за случај опасности од недозвољених располагања (чл. 7 ст. 3 ЗПП).

Ако се пође од устаљеног одређења субјективног терета доказивања, јасно је да он већ од ЗПП 04 постоји, што је и потврђено у ЗПП. Странке имају терет предлагања доказа, јер у противном ризикују да изгубе спор. Пасивношћу у погледу предлагања доказа за чињенице за које она сnose објективан терет доказивања, странке ризикују управо долазак до *non liquet* ситуације, тј. ризикују примену механизма објективног терета доказивања и тиме губитак спора.⁶⁴ Кроз то се види њихова одговорност за идеално чињенично стање, али хипотетички није незамисливо и да странка кроз непредлагање доказа жели да располаже идеалним чињеничним стањем. Према томе, и треће правило ублаженог расправног начела важи: суд је везан за доказне предлоге и постоји субјективни терет доказивања.

Б. Саодговорности суда: апсолутна дужност постављања питања

а) Постављање проблема

Идеја о пасивном судији и чистом расправном начелу би подразумевала да суд нема никаква овлашћења, а још мање дужности, да утиче да се формира идеално чињенично стање. Другим речима, да не постоји материјално управљање парницом у том сегменту. Зачујујуће, међутим, сам ЗПП садржи мање-више исте одредбе као своји претходници. Стога се постављају питања: Како схватити *дужност* суда да се стара да се предмет спора свестрано расправи (чл. 326 ст. 2)? Како схватити *овлашћење* суда да испитује странке, немислећи притом на саслушање странака као доказно средство, јер то спада у извођење доказа (чл. 326 ст. 1 ЗПП)? Како схватити *овлашћење* суда да позове странку која има пуномоћника да дође лично пред суд како би се изјаснила о чињеницама које треба да се утврде (чл. 85 ст. 8)? Како схватити *дужност* суда да тражи разјашњење навода на припремном рочишту (чл. 305 ст. 2 ЗПП)? Како схватити *дужност* суда да се постављање питања стара да се у току расправе пруже потребна објашњења како би се утврдиле чињенице битне за пресуђење (чл. 313 ЗПП)? На ова питања ретко се дају одговори код следбеника тезе о чистом расправном начелу. Одређена схватања постоје, али су она или бесмислена, или противуречна основној тези.

б) Схватање следбеника идеје о чистом расправном начелу

⁶³ Г. Станковић, ЗПП³, 15; Кеча⁵, 138; *исти* ЗбоНС XLVII/3 (2013), 75 (80); Јакшић⁶, т. 584; Бодирога, Нови ЗПП, 33 и след.

⁶⁴ В. доле § 24 II.

Козар као најпроминентнији заступник тезе о чистом расправном начелу нуди одговор у погледу садржине дужности питања из чл. 313 ЗПП, с тим да не коментарише друге одредбе. Уз напомињање неприхватљивости ранијег концепта где је суд требао да провоцира странке да изнесу потребне тврдње и предложе доказе, јер, то је израз начела материјалне истине, сада се питања која суд поставља на главној расправи (чл. 313 ЗПП) могу односити „само на чињенице које су странке изнеле и на доказе које су странке предложиле“ (нап. аутора).⁶⁵ Овакво наизглед једноставно решење је у садржају лишено сваке логичности и у резултату је бесмислено. Наиме, може ли се уопште говорити о дужности питања која уједно неће бити провокативне функције у смислу превазилажења дефицита? Суд би требао – по *Козару* – да пита странке за чињенице које су већ изнеле. Оне су међутим већ изнете, па нема ништа ни да се пита! Ако тиме он сматра да суд треба да тражи само додатно разјашњење изнетих тврдњи, јер су оне недовољно супстанциране, то се опет не уклапа у полазну премису да суд не сме да буде провокатор и да својом активношћу не сме да санира дефиците; јер, и неодређена тврдња је дефицит, односно она је таква да уопште и није процесноправно релеванта тврдња.⁶⁶ Управо због реченог, ни сам *Козар* није у стању да препозна додатан проблем у свом схватању, а то је образлагање могућности информативног саслушања странке, које ни не спомиње у свом Коментару ЗПП.⁶⁷ А она показује управо сву погрешност схватања да суд треба да пита странке да се изјасне о чињеницама које су већ претходно изнеле. Јер, каквог би уопште имало смисла позивање стране која има пуномоћника да се „изјасни о чињеницама које треба да се утврде“ (чл. 85 ст. 8 ЗПП), ако је ноторно да суд може да утврђује само чињенице које је странка изнела? На крају, за *Козара* је фундаментална дужност суда да се стара да се предмет спора свестрано расправи (чл. 326 ст. 2 ЗПП) изгледа толико небитна да не заслужује никакав коментар.⁶⁸

Б. Живковић, супротно од *Козара*, чл. 313 ЗПП схвата на, може се рећи, класичан начин, јер констатује да путем ове одредбе суд задржава важну улогу у обезбеђењу да странке употпуне изложени чињенични материјал.⁶⁹ У том смислу је и његово схватање доста удаљено од стандарног приказивања тезе о чистом расправном начелу. Међутим, и он сам полази од основне премисе да је суд пасиван и да од вештине странака зависи исход спора.⁷⁰ Управо због тога је његов став о значају чл. 313 ЗПП противуречан сопственој концепцији. Јер, како се може рећи да је суд пасиван и да од вештине странака зависи пре свега утврђење чињеничног стања, а да се притом уједно и наводи да суд има важну улогу у погледу прикупљања процесног материјала? Уз речено, ни *Б. Живковић* не доводи у везу са

⁶⁵ *Козар*, 380.

⁶⁶ Опширније доле § 22 III.

⁶⁷ Уп. *Козар*, 115/116.

⁶⁸ Уп. *Козар*, 385, где се уопште не спомиње ова одредба, иако се ради о „Коментару ЗПП“ (*sic!*).

⁶⁹ Билтен АС БГ 4 (2012), 37 (38).

⁷⁰ Билтен АС БГ 4 (2012), 37 (40).

питањем „улоге суда у обезбеђењу прикупљања чињеничног материјала“ друге одредбе које успостављају дужност суда (чл. 85 ст. 8, 305 ст. 2, 326 ст. 2 ЗПП).

За увиђање онога што ЗПП већ сам прописује у смислу судијске дужности питања, како то *Штирнер* истиче за немачки контекст⁷¹ – „потребно је само исправно читати законски текст“. То, међутим, подразумева претходно исправно догматичко схватање о природи такве активности суда. Наслеђе иза дела раније доктрине, по којој се овде ради о истражној дужности суда, као и сам неразвијен и несхваћен концепт саодговорности суда, управо доводе до немогућности исправног схватања одредаба ЗПП.

в) Концепт апсолутне дужности постављања питања

Скуп одредаба које установљавају дужност суда – изричито или посредно – да постављањем питања подстакне странке да санирају дефиците процесног материјала не може се другачије схватити од постојања опште дужности питања, и тиме постојања саодговорности суда за формирање идеалног чињеничног стања. Њих је потребно само на исправан начин схватити већ на догматичком нивоу.

аа) Чл. 305 ст. 2, 313 ЗПП

Пре свега, ЗПП садржи одредбе које изричито успостављају дужност суда да пита странке ради употпуњавања тврдњи. Чл. 305 ст. 2 ЗПП, који се односи на припремно рочиште, гласи:

[а]ко је потребно суд ће да затражи од странака разјашњење у погледу њихових навода или предлога.

Потреба за „разјашњењем“ постоји свакако онда када се ради о несупстанцијским, неодређеним наводима. Они су у процесноправном смислу небитни, и не могу се ни прихватити као – опет у процесноправном смислу – тврдње. Једна паушална тврдња, попут навода „тужени и ја смо закључили уговор о зајму, а рок доспелости је протекао“, и није процесноправно релевантна тврдња. Ако је тврдња исказ о чињеницама, а чињенице су у процесноправном смислу конкретни догађаји или стања одређени у временском и просторном смислу, онда је јасно да несупстанцијана, паушална тврдња и није тврдња. Према томе, она је дефицит тврдње, који када постоји налаже суду да на припремном рочишту затражи од странке да га санира. Уколико је то тако, онда нема разлога да се чл. 305 ст. 2 ЗПП не схвати и тако да у сваком случају дефицита тврдње суд треба да пита странку са циљем да га санира, тако што ће се навести чињенице које спрам правне квалификације суда одговарају свим елементима диспозиција норми које треба применити. Другим речима, цитирана одредба постоји управо због тога и то је њен

⁷¹ *Stürner*, Richterliche Aufklärung, Rn. 11.

прави садржај; она није ништа друго до чл. 313 ЗПП на припремном рочишту.⁷² Због наведеног, нема никаквог разлога да се чл. 305 ст. 2 ЗПП не схвати и тако да се питања суда односе на дефиците доказних предлога;⁷³ инсистирање на санирању дефицита тврдњи, без постављања питања ради предагања доказа нема никаквог смисла.

Одредба чл. 305 ст. 2 ЗПП је императивног карактера и не установљава једно дискреционо право суда. Јасно се каже да *ће суд* – по потреби, што значи онда када постоји дефицит – *затражити* од странака разјашњење. Не каже се да суд то *може*, већ му се налаже да тражи разјашњење када за то постоји повод.

Много јасније чл. 313 ЗПП, који се односи на главну расправу, изражава исту мисао. Он гласи:

[с]уд ће постављањем питања да се стара да се у току расправе пруже потребна објашњења, да би се утврдиле чињенице од којих зависи одлука о основаности захтева (члан 7 став 2).

Нема сумње да се ради о одредби императивног карактера. Исто тако, нема сумње да је циљ постављања питања суда превазилажење дефицита процесног материјала. Овде се више не спомињу тврдње, већ уопште обавештења која треба да служе за утврђење чињеничног стања. Већ је речено да се не може прихватити схватање *Козара* да суд треба да пита странке у вези са чињеницама и доказима које су оне већ изнеле⁷⁴ Ако се налаже суду да тражи „обавештења“ ради утврђивања чињеничног стања, а притом он нема инквизиторна овлашћења, таква дужност питања долази у обзир онда када постоји дефицит процесног материјала – дефицит тврдњи, дефицит доказних предлога, али и дефицит изјашавања странке у погледу тврдњи противника. Према томе, ради се о општој дужности постављања питања.

Постојање опште дужности питања у изложеном виду добија своју коначну потврду кроз довођење у везу са другим одредбама. Пре свега, овлашћење суда у руковођењу главном расправном, што свакако аналогно важи и за припремно рочиште, подразумева „испитивање странака и извођење доказа“ (чл. 326 ст. 1 ЗПП). Дакле, суд *испитује* странке, и то се не односи на саслушање странака као доказно средство, јер то спада у извођење доказа. Пошто суд свакако нема истражна овлашћења, испитивање странака се своди, барем што се тиче утврђивања чињеничног стања пресуде, на постављање питања ради санирања дефицита. Даље, тзв. информативно саслушање странке (чл. 85 ст. 8 ЗПП) управо има за циљ испуњавање дужности питања. Странка која има пуномоћника се позива како би се изјаснила о чињеницама које треба утврдити. И овде је јасно да ће то бити случај само када постоји дефицит тврдње, јер уколико би се странка позивала да се изјасни о ономе што је њен пуномоћник навео, то не би имало никакав смисао.

⁷² То је и схватање југословенске доктрине о смислу исте такве одредбе у ЗПП 56/76; *Познић*, Коментар, 701; *Трива* у: *Џуља/Трива*, Коментар II, 28; *Бачић* у: *Познић/Вражалић/Бачић*, т. 1 уз чл. 276; *Д. Петровић* *Анали* IX (1963), 170 (173 и след.); уп. и *Трива/Белејец/Дика*⁶, 450.

⁷³ У резултату тако и *Јакишић*⁶, т. 2420: [м]огуће је да суд затражи од странака да појасне своје предлоге, што свакако обухвата и предлоге за извођење доказа (чл. 305 ст. 2 ЗПП) и тиме потакне странке да предложе извођење каквог доказа“.

⁷⁴ *Козар*, 380.

бб) Дужност суда да се стара о свестраном расправљању предмета спора; појам зрелости за пресуђење

Најважније повезивање дужности питања је са фундаменталном дужношћу суда – старање да се предмет спора *свестрано расправи* – када се и долази до правог садржаја појма зрелости за пресуђење. Одредбе чл. 305 ст. 2, 313 ЗПП добијају свој прави смисао у динамици првостепеног поступка у интеракцији са чл. 326 ст. 2, 319 ст. 1 ЗПП.

Као што је већ речено, значај одредбе чл. 319 ст. 1 ЗПП и појма зрелост за пресуђење се традиционално у домаћој литератури, за разлику од немачке и аустријске, схватао и још увек схвата тако да суд закључује главну расправу након што је спровео доказивање и формирао „потпуно и правилно чињенично стање“. Може се рећи да се у том смислу „расправљеност у мери у којој се може донети одлука“ везује за редован и пожељан случај. Међутим, због занемаривања терета тврдње се не спомиње могућност да једноставно постоји дефицит тврдње. Како суд и тада мора да пресуди, „расправљеност у мери у којој се може донети одлука“ претпоставља и дефицит тврдње. У смислу логике чистог и вулгарног расправног начела, суд чим опази дефицит, треба да закључи расправу. Та логика би била следећа: пошто није ни изнета чињеница, нема о чему да се расправља; стога, предмет је „довољно расправљен“. Тиме се наравно превиђа дужност из чл. 305 ст. 2 и 313 ЗПП. Али, превид се односи и на фундаменталну одредбу чл. 326 ст. 2 ЗПП, у којој је предвиђена дужност суда да се стара о *свестраном* расправљању спора. Нагласак је на „свестраном“, што подразумева, ако се исправно схвата и сама логика силогизма као начина пресуђења, да се расправља о свим релевантним аспектима предмета спора. Предмет спора, у смислу владајуће двочлане процесне теорије,⁷⁵ у свом чињеничном делу није ограничен на заиста изнете чињенице, већ на животни догађај (*arg.* чл. 200 ст. 3 ЗПП). Ако се жели супротно закључити – да одредба о дужности старања о свестраном расправљању предмета спора не значи и указивање на потребу навођења нових чињеница, јер то није „предмет спора“ – мора се темељно редефинисати пре свега појам материјалне правноснажности.

Тзв. преклузивно дејство материјалне правноснажности се не односи само на чињенице које су заиста утврђене у поступку, већ и оне које нису утврђене, а спрам животног догађаја спадају у њега. То има значајне практичне последице: не може се водити нова парница у којој је исти предмет спора (садржински исти тужбени предлог [укључујући и контрадикторну супротност са ранијим]⁷⁶, исти животни догађај, и наравно исте странке), без обзира што тужилац сада наводи чињенице које

⁷⁵ Познић, Коментар, 412 и след.; Јакшић⁶, т. 1540 и след.; ВСС Рев 1254/99 Билтен ВСС 2/2001, 92; Рев 1463/97 Билтен ВСС 4/1997, 31 = ЗСО ХХП-1997-125; Рев 1017/97 Билтен ВСС 1/1997, 11; Рев 4148/93 Гласник АКВ 6/1994, 30.

⁷⁶ Владајуће схватање доктрине и праксе: Познић, Коментар, 805; Трива/Белајец/Дика⁶, 529; Јакшић⁶, т. 2749, 2778; СС Гзс 36/74 Билтен СС 1/1975, 52 = ПЖ 12/1975, 84; ВСХ ПСП 33-1987-182; ПСП 26-1985-115. Тако и у немачкој и аустријској доктрини и пракси; уместо свих *Vollkommer* in: Zöller, ZPO²⁶, vor § 322 Rn. 21 са даљим упућивањима; *Rechberger* in: *Rechberger*, ZPO³, § 411 Rn. 8 са даљим упућивањима.

уопште и нису биле утврђиване у прошлом поступку, јер их нико није ни изнео; даље, у каснијој парници где правноснажна пресуда има прејудицијелни значај, не могу се ради заузимања другачијег правног става од оног из такве пресуде износити чињенице које су обухваћене правноснажношћу, без обзира што оне нису утврђене у правноснажној пресуди, јер нису ни наведене; на крају, извршни дужник не може да доводи у питање постојање извршног потраживања тиме што ће истицати опозиционе приговоре који се односе на чињенице које су постојале у тренутку закључења главне расправе, али једноставно нису биле наведене у парничном поступку.

Све ово би морало да се рedefинише уколико би се желео одрећи значај интеракције дужности суда да свестрано расправи предмет спора и дужности да пита странке за чињенице које нису изнете, а без којих није могућа силогистичка операција у конкретном случају. Стога схватање о чистом расправном начелу, уколико би желео да смислено и без противуречности одржи свој курс, мора да појам предмета спора трансформише на начин који до сада није још нико успео да конципира. Тиме би се, међутим, урушила функција и вредност материјалне правноснажности.

Дужност свестраног расправљања се при везаности суда за тврдње и доказне предлоге странака може обезбедити само путем дужности питања; стога је и чл. 305 ст. 2 и чл. 313 ЗПП нужна последица чл. 326 ст. 2 ЗПП.⁷⁷ Управо је новост у домаћем праву, барем на редакцијском нивоу, у виду дужности суда да на припремном рочишту „утврди која би *правна* питања требало да се расправе“ (чл. 308 ст. 2 *in fine* ЗПП) израз реченог. Како схватити дужност суда да странкама саопшти своју правну оцену, а да им при томе не укаже да спрам ње постоји дефицит процесног материјала? Ова новина је прошла у потпуности незапажено у целокупној литератури,⁷⁸ иако је тиме ЗПП решио један од традиционалних проблема процесног права, и то на начин који је *Трива* заступао концепцијом отвореног правосуђења. Смисао саопштавања правне оцене спора суда није у томе да се странке информишу о њему, већ да би могле да усмере своје активности на плану прикупљања процесног материјала у правом смеру. На овај начин, више пута је поновљено, обезбеђује се санирање дефицита процесног материјала, и дужност питања је иманентна. С обзиром да важе правила ублаженог расправног начела, јасно је да се оваква дужност суда не претвара у истрагу. Расправљање о још увек апстрактно правнорелевантним чињеницама подразумева да суд и то питање учини предметом расправе тако што ће странкама указати на њихову релевантност и потребу да се поставе тврдње. То је, дакле, прави садржај *свестраног* расправљања у систему где постоји дужност суда да упућује странке да постоји дефицит тврдњи;

⁷⁷ У том смислу је и југословенска литература и доктрина у бившим југословенским земљама схватала дужност суда из чл. 311 ст. 1 ЗПП 76 да се суд стара о свестраном расправљању предмета спора; тако *Узелац*, Истина, 176, везује ову дужност суда пре свега за разјашњење чињеница у смислу чл. 298 ЗПП 76; исто и *Чалија* ГСа ХХ (1972), 183 (194). Као што је речено, данашња доминантна доктрина управо везује чл. 305 ст. 2, 313 ЗПП за чл. 326 ст. 2 ЗПП.; в. горе II.

⁷⁸ Она се и не спомиње у Образложењу ЗПП, што је због реченог приступа таквом значајном послу, какво је образложење новог системског закона у једној правној држави, сасвим разумљиво – образложење је на 10 страна.

то је прави садржај дужности суда да утврди која правна питања би требало да се расправе. Преко тога суд не треба, не може и не сме да иде, јер ублажено расправно начело јасно поставља границу.

На основу реченог се добија на крају и прави садржај појма зрелости за пресуђење у виду „расправљеност предмета спора у мери да се може донети пресуда“ (чл. 319 ст. 1 ЗПП). То подразумева редован случај када не постоји нити дефицит тврдњи нити дефицит доказа; расправа се закључује онда када је суд у прилици да формира чињенично стање, или када постоји *non liquet*. С друге стране, због постојања опште судијске дужности питања, наведени појам „расправљеност“, тј. зрелости за пресуђење, подразумева да дефицити процесног материјала постоје и да они нису санирани након што је суд испунио своју дужност.⁷⁹ Другим речима, услов за пресуђење на основу дефицита процесног материјала је претходно указивање странке на дефицит. Тек тада расправа може да се закључи, јер је предмет спора тек тада свестрано расправљен (чл. 326 ст. 2 ЗПП). Суд има дужност да поступак води у смеру обезбеђивања класичне и пожељне зрелости за пресуђење у виду стварања чињеничног стања које ће омогућити силогистичку операцију. То подразумева постојање опште дужности питања, и кроз то се показује саодговорност суда за прикупљање процесног материјала, јер неиспуњавање дужности представља битну повреду поступка. Због тога се може рећи да не постоји само општа, већ апсолутна судијска дужности питања. Суд не може да донесе пресуду коришћењем механизма превладавања дефицита процесног материјала пре него што странкама укаже на њих, и остави им могућност да их санирају.

вв) Одбијање неконклузивне тужбе у случају пропуштања одговора на тужбу

Претходни закључак о апсолутној дужности суда да пита странке ради превазилажења дефицита има своју изричиту казуистичку потврду у ЗПП. То је одбијање неконклузивне тужбе у случају пропуштања одговора на тужбу.

Пре свега треба рећи, што се опет због неразвијености учења о терету тврдње не спомиње у домаћој доктрини, да појам неконклузивности и у српском процесном праву има исти садржај као и у немачком и аустријском. Дакле, конклузивност тужбе подразумева да из њених чињеничних навода произилази основаност тужбеног захтева. Према учењу о силогизму и примени права, али и расподели терета тврдње, то значи да је тужилац пре свега навео све чињенице које су потребне за примену одговарајуће норме. Затим да из таквих чињеница, применом материјалног права, произилази основаност тужбеног захтева. Према томе, неконклузивност има два вида: неконклузивност услед непотпуности, и неконклузивност у ужем смислу. Прва подразумева да тужилац није удовољио

⁷⁹ Тако се и у немачкој доктрини и пракси сагледава одређење да „ако је спор зрео за одлуку, онда суд има да је донесе кроз коначну пресуду“ (§ 300 ст. 1 нГрпп), јер се оно не схвата изоловано, само за себе, већ у контексту других одредаба, а то је пре свега судијска дужност упућивања (§ 139 нГрпп). Према томе, спор је зрео за пресуђење када након испуњавања дужности упућивања и питања остане дефицит процесног материјала, али не пре; уп. *Reichold* in: *Thomas/Puzto*, ZPO²⁹, § 300 Rn. 2.

терету тврдње – није навео једну чињеницу за коју се везује један од елемената диспозиције норме.⁸⁰ Друга врста неконклузивности подразумева да по правилу нема дефицита тврдњи, већ да једноставно из навода не произилази основаност тужбеног захтева.⁸¹

У сваком случају, да би се донела пресуда због пропуштања тужба мора да је конклузивна, односно негативно, не сме да постоји ни прва ни друга врста неконклузивности (чл. 350 ст. 1 т. 3 ЗПП). Уколико је тужба неконклузивна, и поред пропуштања одговора на тужбу тужбени захтев се не одбија одмах. Суд мора да закаже припремно рочиште (чл. 350 ст. 3 ЗПП). Оно се заказује искључиво ради омогућавања санирања неконклузивности, јер другог оправдања уопште нема. Иако ЗПП говори изричито о случају неконклузивности у ужем смислу, нема разлога да у крајњој линији аналогijом то не важи и за неконклузивност због непотпуности.⁸² Даље, само одржавање припремног рочишта без постављања питања тужиоцу у смислу подстицања изношења дефицитарних тврдњи је апсурдно. Када би се таква теза прихватила то би значило да суд „отвара“ припремно рочиште и да ћути. Тужилац онда треба да размишља у чему се уопште састоји неконклузивност тужбе, а он то по природи ствари не зна, јер да зна, не би ни дошло до припремног рочишта – он би већ у тужби испунио комплетно свој терет тврдње. Ово је нарочито апсурдно замислити у случају да тужилац нема пуномоћника. Према томе, суд треба да укаже тужиоцу на аспекте у којима постоји дефицити тврдње. То је на крају и његова дужност, јер то налаже чл. 305 ст. 2 ЗПП! С друге стране, нема нити једног разлога да чл. 313 ЗПП не важи и на припремног рочишту; штавише, у садашњој концепцији када је принципијелни граничник преклузије изношења процесног материјала закључење припремног рочишта, примена цитиране норме је апсолутно нужна и у овом стадијуму. Тек пошто суд испуни своју дужност, а тужилац не употпуни наводе, тј. не санира дефицит тврдње, може се донети пресуда због неконклузивности у овом случају. Ако је то тако, онда нема никаквих разлога да то не важи уопште и увек, а не само ако је тужени пропустио одговор на тужбу.

3. Правнополитичко оправдање

А. Критика схватања о чистом расправном начелу

а) Идеолошке заблуде схватања о чистом расправном начелу

Целокупан историјско-упоредноправни део овог рада, поред уобичајеног значаја таквог метода за радове из области правне неуке, намењен је и показивању

⁸⁰ Типични примери из праксе су ненавођење чињеница из којих произилази износ штете; даље, ненавођење исплате као услова настанка регресног захтева, тј. ненавођење чињенице доспелости; ВСС Рев 3225/97 Билтен ВСС 4/1997, 28.

⁸¹ Свеж пример из праксе: тужба ради раскида уговора када се у њој наводи да је уговор раскинут изјавом воље је неконклузивна – према материјалном праву суд не може да раскине уговор који је већ раскинут; АС НС Гж 11157/10 Гласник АКВ 2013, 478 и след.

⁸² Претпоставке за коришћење аналогije су очигледно испуњене, јер је циљ заказивања припремног рочишта санирање неконклузивности.

заблуда о расправном начелу и обарању догме о чистом расправном начелу код нас. Он је био неходан због полазне премисе да је било каква активност суда у оквиру расправног начела израз социјализма и инквизиторности, или евентуално анахроних идеја с почетка XX века. Таквом премисом, а без приказивања стварног стања ствари поводом овог питања и тиме показивања заблуде, свака прича о саодговорности судије за прибављање процесног материјала била би – парафразирајући *Штирнера* – пољубац смрти за једну не само добру, већ и нужну идеју.⁸³

У другом делу рада је приказан развој идеје о расправном начелу у германском правном кругу, одакле смо, као уосталом готово све, и реципирали учење о максимама. За потребе ове аргументације је довољно само да се укратко поновити резултате истраживања. Мисао о чистом расправном начелу у доктрини се напушта у другој половини 19. века и већ од изворног нГрпп се предвиђа судијска активност, која у наредним деценијама доводи до успостављања данашњег концепта у којем је судијска саодговорност неизоставни део схватања поступка; она је његова *Magna Carta* или жила куцавица, а израз је постулата правне и социјалне државе. Дужност упућивања као израз такве идеје је фундамент данашњег германског модела поступка, иако се заступају различита схватања поступка у немачкој и аустријској доктрини. Саодговорност суда не представља туторисање странака и патернализам и није негирање у крајњој линији вредности приватне аутономије. То је неупитно и за оне који се могу сврстати у заступнике неолибералног схватања поступка. Једном речју, суд не треба да буде арбитар, нити он има положај спортског судије који надгледа борбу; у парници не треба да победи онај који је спретнији и јачи, већ онај који има право. У сваком случају, крајње тенденциозно постављамо питање: да ли се модел савременог германског поступка може схватити као социјалистички, или анахрони, јер се ипак заснива на идеји фундираној крајем XIX века?

Колико је „модеран“ модел савременог германског поступка суверено показује развој на једином међународном пројекту који обухвата како правни круг континенталне Европе, тако и англоамерички. Транснационални принципи парничног поступка за трговачке спорове са елементом иностраности усвајају германски приступ активног судије и дужности питања.⁸⁴ Заоштрено до крајњих граница тенденциозно опет постављамо питање: да ли је тиме што је прихватио такав модел Амерички правни институт прихватио и тековине социјализма, или анахроних идеја?

Свакако да је јасно да концепт ублаженог расправног начела није откриће социјалистичке науке, исто како што то није – на шта *Штирнер* указује спрам дискусије у Немачкој – откриће социјалне државе.⁸⁵ У совјетском моделу поступка, због истражних овлашћења суда, она је чак и маргинална и непотребна. У нашем „социјалистичком“ поступку она је била присутна и водила је порекло из

⁸³ *Stürner* RabelsZ 69 (2005), 201 (225).

⁸⁴ В. горе § 13 II.

⁸⁵ *Stürner*, Richterliche Aufklärung, Rn. 2.

аустријског концепта, али је с друге стране била маргинализована због конкретног уређења поступка у виду допуштености новота у жалби. Стога је је мисао о активном и саодговорном судији као реликту социјализма погрешна; она је самозаваравање (*Selbsttäuschung*). Супротно, наведени концепт је данас резултат идеје о правичном поступку и представља неодвојиви део парничног поступка једне правне и социјалне државе. Утолико се не може ни прихватити теза да је активност суда реликт анахроних идеја са почетка XX века. Управо супротно, *Клајнова* идеја је у својој сржи постала опште добро, и преобликовање немачког поступка у том смеру је потврда и поред различитости у појединостима постојања једног модела, за који се не без разлога назива немачко-аустријски модел.⁸⁶ Без обзира да ли се конкретно схватање поступка базирало на мисли о социјалном поступку, или се радило о неолибералном схватању, саодговорност суда се не доводи у питање. Она не само да је данас модерна, већ како *Рехбергер* и *Готвалд* истичу, и будућа.⁸⁷

Један кратки упоредноправни екскурс треба да покаже и колико је идеја о пасивном судији без било какве одговорности неуспешан концепт. Наиме, Црна Гора је 2004. г. донела свој ЗПП, у којем је заиста спроведен концепт мање-више чистог расправног начела. Иако се ЗПП-ЦГ базира на ЗПП 76, изостале су све одредбе које су предвиђале судијску активност: више нема нити дужности питања, нити начелне дужности суда да се стара да се предмет спора свестрано расправи. Но, Министарство правде ЦГ је у мају 2014. г. израдило нацрт Новеле, у којој се предвиђа враћање опште дужности питања, и то са идентичним садржајем као у ЗПП 76.⁸⁸

На крају, треба истаћи и да идеолошке предрасуде у погледу концепта судијске саодговорности нису карактеристичне само за наше стање. Исто тако да површан и на крају привидан упоредноправни преглед није одлика само овдашње стручне јавности. У Словенији је средином деведесетих година прошлог века било присутно идентично схватање, по којем је требало избрисати „начело материјалног управљања парницом“ и обезбедити потпуну пасивност суда,⁸⁹ с позивом на социјалистичко порекло концепта активног суда.⁹⁰ Тадашњи словеначки процесуалисти су успели да у таквом „либералном заносу“, који би по демагогији и начину аргументације управо одговарао социјалистичкој доктрини, одбране идеју о саодговорности суда; *Тривин* „Есеј о отвореном правосуђењу“ је одиграо једну од важнијих улога у том успеху,⁹¹ али не треба заборавити и да је словеначка доктрина имала већ ослонац у *Јухартовом* идеолошки неутралном схватању.⁹² С друге стране, добар део англоамеричке доктрине, највише због скромног знања, паушално

⁸⁶ *Stürner* *RabelsZ* 69 (2005), 201 (226).

⁸⁷ *Rechberger* in: 100 Jahre österreichische Zivilprozeßgesetze, 55 (57); *Gottwald* in: 100 Jahre österreichische Zivilprozeßgesetze, 179 (195).

⁸⁸ Нацрт Новеле доступан је на http://www.mpa.gov.me/rubrike/Javna_rasprava/139320/Zakon-o-izmjenama-i-dopunama-Zakona-o-parnicnom-postupku.html (01.07.2014. г.).

⁸⁹ Уп. *Галич* ЗбоЗГ 56 (2006), 479 (480 са даљим упућивањима).

⁹⁰ Уп. *Галич* *R. L. R.* 27 (2010), 117 (125 и след. са даљим упућивањима); *исти* ЗбоЗГ 63 (2013), 799 (807 са даљим упућивањима).

⁹¹ Тако изричито *Галич* ЗбоЗГ 56 (2006), 479 (480).

⁹² О *Јухартовом* схватању в. горе §17 III 3 А б).

означава немачки и аустријски поступак као инквизиторни, неадверзибијални или бирократски,⁹³ понегде и са намером да се укаже на везу структуре поступка и структуре друштва. По томе је немачки поступак предодређен да буде бирократизован и да судија има чврсту позицију, док је то обрнуто за англоамерички.⁹⁴ С правом *Лангбајн (Langbein)* и *Штирнер* упозоравају на такве паушалне оцене.⁹⁵ Нарочито последњи показује како ни питање активности суда не проистиче нужно из идеолошких премиса, односно да не постоји нужна и једина везаност ауторитативне државе и активног суда, и обрнуто либералне државе и пасивног суда: тоталитарни режим у Шпанији није довео до активизације и бирократизације поступка, односно обратно последње реформе у Енглеској у правцу активирања суда нису последица хијерархизације енглеског друштва.⁹⁶

б) Од прокламоване жеље за европским стандардима до повратка у XIX век

Ако се узме као тачна констатација *Узелца*,⁹⁷ кога очито следи и *Ракић-Водинелић*,⁹⁸ о томе да је за правну културу ових простора карактеристична касна рецепција упоредноправних идеја и решења, теза о чистом расправном начелу је и више него потврда. Она представља рецепцију схватања које је напуштено пре више од једног века у системима који нам служе као узор. Но, то и није заправо рецепција, већ поновно оживљавање једног схватања које је и било присутна код нас, али које је исто тако напуштено.⁹⁹ Оно што је много важније питање јесте да ли постоји свест о наведеном, или је по среди последица једног површног сагледавања овако компликоване, али и фундаменталне ствари. Ближи смо закључку у смеру последње реченог. Као што је речено, у време припрема почетка реформе након 2000. г., која је суштински перманентна реформа,¹⁰⁰ није било дискусија, проблематизовања и постављања питања. Заправо, цео ток ове перманентне реформе је обележен крајње површним приступом, неодговарајућим за савремену правну државу.¹⁰¹ Оно на шта је указивала *Г. Станковић*, изгледа да није узето у

⁹³ Уп. *Langbein* U. Chi. L. Rev. 52 (1985), 823 (824 FN 4); *Althammer* in: FS Simotta, 1 (10). За отклањање заблуда о истражном карактеру немачког поступка разорно *Allen/Köck/Riechenberg/Resen* Northwestern University Law Review 82 (1987-88), 705 (722 и след.).

⁹⁴ Репрезентативно *Chase Cardozo* J. Int'l. & Comp. L. 5 (1997), 1 и след.; за оштру критику такве тезе *Langbein* Cardozo J. Int'l. & Comp. L. 5 (1997), 41 и след.; за умерену критику *Stürner* ZZP 123 (2010), 147 (152 и след.).

⁹⁵ *Langbein* Cardozo J. Int'l. & Comp. L. 5 (1997), 41 и след.; *Stürner* ZZP 123 (2010), 147 (152 и след., нарочито 155): „језичке баријере и сећање на тамне епохе правнокултурног и политичког слома у Европи, а нарочито у Немачкој, приметно често могу да имају за последицу једно селективно опажање садашње процесне реалности“.

⁹⁶ *Stürner* ZZP 123 (2010), 147 (153).

⁹⁷ *Uzelac* in: *Beschleunigung*, 67 (74).

⁹⁸ У: Новине у грађанским поступцима, 5 (10 фн. 6).

⁹⁹ У међуратном периоду добар део „србијанске“ доктрине заступа једно либерално схватање поступка; в. горе § 14 III 1.

¹⁰⁰ За драстичнију оцену „перманентне реформе“, додуше спрам сличног стања у кривичном процесном праву, уп. *Шкулић* у: Како је пропала реформа, 25: „игре без граница“.

¹⁰¹ О површности приступа в. горе § 19 II.

обзир, већ се супротно – свесно или несвесно, свеједно је – отишло управо у том смеру. Њено упозорење из 2004. г. да

околност што се наше друштво по други пут у својој историји нашло у фази првобитне акумулација капитала и изградње капиталистичких односа никако не значи да треба да се вратимо на решења која се тичу улоге суда из доба либералног капитализма¹⁰²

коначно се обистинило у формирању догме о чистом расправном начелу и пронашло је своје присталице. Стога сматрамо да се не ради о касној рецепцији једног концепта, већ о фомирању концепта на заблудама, које су – одговорно тврдимо – последица немарног приступа проблематици. Да је било иоле озбиљнијег истраживања сопствене доктрине и ранијих закона, не би се дошло до премисе да је било какав судијски активизам реликт социјализма; Сасвим је довољан чувени *Тривин* Есеј у којем се приказује тадашње упоредноправно стање и у ком он гради своје схватање на премисама које никако нису социјалистичке. Пре њега *Јухарт* исто тако за ЗПП 56 заправо преузима модерни германски концепт саодговорности суда уз постојање објективног терета тврдње. Потврда за то је управо развој догађаја у Словенији. Уз то, схватање *М. Марковића*, које је све само не социјалистичко и иделошки општеређено у том смислу, показује да за преко 60 година не само да није изгубило на актуелности, већ и да је будуће. С друге стране, да је било правог и одговорног упоредноправног истраживања, у Образложењу Предлога ЗПП никако не би могла да стоји као начелна идеја да је „суд арбитар који суди на основу терета доказивања“, а да се уједно истиче да је „било неопходно да се уграде упоредна законодавна решења других модерних држава“,¹⁰³ што су, ако се даље чита, управо Аустрија, Немачка и Швајцарска!¹⁰⁴ Такав приступ ствара привид да је концепт који се нуди управо решење „модерних држава“. Читалац свакако претпоставља да су редактори Образложења Предлога ЗПП имали у виду темељне поставке система чија решења реципирају. Тако се долази до коначног закључка да тамо негде на Западу (Немачка, Аустрија, Швајцарска) влада чисто, рудиментарно, вулгарно расправно начело, тј. моделско расправно начело.

Таква стратегија формулисања начела и модела поступка је својствена пре свега социјалистичкој теорији. Стога аргументација редактора ЗПП – мора се констатовати – подсећа на приказивање расправног начела „буржоаских система“ у ДДР или код *Камхија*, што показује блискост метода стварања сопствене концепције. У социјалистичкој доктрини то је свесно крње приказивање модела са којим се жели одлучно раскрстити, а код догме о чистом расправном начелу то је (намерно или случајно) привидно приказивање модела којем одлучно морамо да припадамо. Блискост је заправо идентитет, јер се стратегија заснива на обманама. Парадокс је сам по себи околност да се данас постиже жељени резултат методама доктрине чији се модел поступка жели напустити.

Стање на „Западу“, како је показано, је у потпуности обратно. Ако је уопште постојало такво расправно начело, у *генеровском* смислу, постојало је у доктрини

¹⁰² Анали 1-2/2004, 205 (209).

¹⁰³ Образложење ЗПП, 107.

¹⁰⁴ Наиме, само ове државе се и спомињу спорадично у Образложењу ЗПП.

општег права коју крајем XIX века готово синхроно разарају Вах и Клајн – заступници антиподних схватања поступка – сваки на свој начин. Судијска саодговорност односи превагу, што је показало немачко право које је и поред пропасти тоталитаризма и његовог анимозитета према расправном начелу успело да очува такву идеју. Након Другог светског рата оно се није вратило 100 година уназад и поред траума националсоцијализма: активан судија, упркос залагању такве идеологије за истог, није везан за њу. Но, такво нешто је било могуће у амбијенту где се брижљиво истражује сопствена правна историја, где се баштини законодавни рад који подразумева темељно претходно истраживање, манифестовано на крају у самом образложењу измена закона. Идеје пре свих М. Марковића, Јухарта и Триве били би тачка на коју треба да се оријентише поступак који претендује да напусти социјалистичке концепте, уколико су они и заиста постојали. Овако са догмом о чистом расправном начелу се враћамо у XIX век, што Јакшић с правом закључује.¹⁰⁵ Но, потребно је само прецизирати: повратак је на почетак или средину XIX века, јер би повратак на крај XIX века већ подразумевао схватања Ваха или Клајна, која колико год да су различита, негирају концепт пасивног судије. Показано је колико су она и данас модерна.

Утолико је парадоксална замисао да је нов ЗПП, каквим га желе приказати следбеници догме о чистом расправном начелу, корак ка европским стандардима. Прво, мора се рећи да „европски стандард“ на плану модела поступка не постоји, а још мање постоји у том смислу „европско право“. Ако се говори о стандардима, они би постојали у виду минималних стандарда квалитета поступка,¹⁰⁶ где се сигурно иде у правцу саодговорности суда; ако ништа друго, активност суда доприноси исправном пресуђењу, што би требало да буде циљ и парничног поступка. Друго, европски стандарди би могли да се схвате као мера прихваћености једног решења. Транснационални принципи грађанског поступка, у којима је један од принципа и судијска дужност упућивања по узору на аустријско и немачко право, то суверено показује. Треће, што ће се и показати у делу који следи, чисто расправно начело при садашњој конструкцији поступка, у којем важи принцип *iura novit curia*, а поврх тога и странке имају постулативну способности, не доприноси концепту правичног поступка, а у доста великом броју случајева отвара врата кршењу основног људског процесног права – права на саслушање као дела права на правично суђење. Четврто, ако су европски стандарди конкретна решења држава које се могу подичити ефикасним поступком, онда је прва адреса постојећи германски модел поступка. Посебно с обзиром на порекло нашег поступка – али и добрим делом и материјалног права! – с тим да се мора нагласити да нису у питању само норме као такве, већ целокупна логика поступка и догматичка разрада. Пето и последње, манија за препорукама Савета Европе, што је кључна аргументација било ког новог решења у процесном праву, захтевала би барем *неселективно*, и у том смислу *непристрасно* извештавање јавности о њима. Због тога чуди да се не спомиње део Препоруке бр. Р

¹⁰⁵ Јакшић⁶, т. 264 и след.

¹⁰⁶ Уп. *Althammer ZZZ* 126 (2013), 3 и след.

(84) 5 о положају суда, а нарочито зато што се ова препорука истиче као својеврсни *spiritus movens* „новог концепта парничења“.¹⁰⁷ Наиме, прицип 3 гласи:

[с]уд би требао, барем током припремног рочишта, али ако је могуће кроз цео поступак, да игра активну улогу у обезбеђивању брзог напредовања поступка уз поштовање права странака, укључујући право на равноправни третман. Нарочито би требао да има *proprio motu* [*scil.* по службеној дужности!] овлашћења да наложи странкама да дају таква разјашњења која су неопходна; да наложи да се странке лично појаве; да расправи правна питања; да одреди доказе, у најмању руку у оним споровима где су у питању интереси другачији од страначких; да руководи извођењем доказа; да искључи сведока чије чије би могле сведочење било небитно за спор; да ограничи број сведока у погледу одређене чињенице где би такав број био прекомеран. Ова овлашћења би требало да суд користи у границама предмета спора.¹⁰⁸

Повратак у XIX век не значи само повратак моделу ток времена, већ се може слободне рећи да је теза о чистом расправном начелу у ЗПП повратак у екстремни догматизам процесуалистике и чисту појмовну јуриспруденцију. Правила расправног начела су се уздигла до нивоа догме, а као последица дедукције из ње је управо маргинализовање одредаба које изричито предвиђају активност и одговорност суда. То није ништа друго до владајући методолошки приступ XIX века који подразумева да из једног принципа може да се савршено и комплетно дедукује цео систем.¹⁰⁹

Б. Преношење вредности приватне аутономије на поступак и ублажено расправно начело

а) Оправдање правила расправног начела

У чисто теоријском делу овог рада је показано да расправно начело није логичка последица приватне аутономије – не постоји догматичко оправдање расправног начела. То је основна грешка која још увек није превладана у домаћој доктрини, и која уз екстремни догматски приступ и доводи до идеје о чистом расправном начелу. Оправдање правила моделског расправног начела (чл. 7 ст. 1 и 2, 230 ст. 1) произилази из преношења вредновања приватне аутономије на питање

¹⁰⁷ Изричито *Козар*, 9: „текст закона [*scil.* ЗПП] урађен је у складу са Европском конвенцијом о људским правима и слободама, Препоруком бр. П (84) 5 Комитета министара Савета Европе и Препоруком бр. П (95) 5 Комитета министара Савета Европе“.

¹⁰⁸ Recommendation No. R (84) 5 of the Committee of Ministers to Member States on the Principles of Civil Procedure Designed to Improve the Functioning of Justice [28.02.1984], Principle 3: The court should, at least during the preliminary hearing but if possible throughout the proceedings, play an active role in ensuring the rapid progress of the proceedings, while respecting the rights of the parties, including the right to equal treatment. In particular, it should have *proprio motu* powers to order the parties to provide such clarifications as are necessary; to order the parties to appear in person; to raise questions of law; to call for evidence, at least in those cases where there are interests other than those of the parties at stake; to control the taking of evidence; to exclude witnesses whose possible testimony would be irrelevant to the case; to limit the number of witnesses on a particular fact where such a number would be excessive. These powers should be exercised without going beyond the object of the proceedings.

¹⁰⁹ Уп. *Henckel* in: GS Bruns, 111 (122, 124).

сакупљања процесног материјала. Другим речима, оправдање је правнополитичког карактера, па зато и захтева оријентацију самог уставног схватања вредновања приватне аутономије.

Приватна аутономија није само филозофска идеја, нити још мање *petitio principii*. Она је Уставом загарантована, иако се то у садашњој доктрини нити уставног, нити грађанског права не спомиње.¹¹⁰ Наиме, чл. 23 ст. 2 Устава у којем се прокламује право на слободан развој личности, уз ограничење да се тиме не крше права других зајемчена Уставом, нормативни је ослонац за гаранцију приватне аутономије.¹¹¹ Како је то у немачкој доктрини и пракси Савезног уставног суда схваћено, право на слободан развој личности подразумева општу слободу радњи појединца, где спада, пре свега, приватна аутономија.¹¹² Исто се може закључити и из гарантовања мирног уживања имовинских права (чл. 58 Устава). На бази тога је и субјективно право централни појам приватноправног поретка, а оно, управо зато што му је слобода најважнија карактеристика, представља и уставну категорију. Једном речју, српски приватноправни поредак је израђен на бази приватне аутономија и субјективног права, и ове категорије представљају основне вредности које су Уставом загарантоване. Дакле, принципијелно држава не може да се меша у грађанскоправне односе; она не може да утиче на вољу појединца у области приватног права у укупности. Гледано из аспекта вршења субјективног права, држава не сме да принуђава појединца, што има свој најважнији израз у начелу диспозиције парничног поступка у смислу покретања поступка. Због тога је и оно исто тако – у том делу – Уставом загарантовано.¹¹³

Директно извођење ублаженог расправног начела из опште слободе развоја личности, где спада и слобода радње, није могуће.¹¹⁴ То би било ништа друго до теза о догматичком оправдању расправног начела. Наиме, како је приватна аутономија загарантована путем слободе развоја личности и мирног уживања имовине, позивање на њих у смислу расправног начела је управо његово догматичко оправдање. Међутим, вредности приватне аутономије одговара расправно начело, оно је прикладно, примерено. И обрнуто, истражно начело и непостојање пре свега одговорности странака баш се и не уклапа у вредност људског достојанства. Патернализам или туторисање странака није у складу са таквом концепцијом; ако је људско достојанство неприкосновено, а истражно начело подразумева неповерење у способност појединца, произилази да је оно неодговарајуће. То није исправан однос државе према појединцу, с обзиром да питање сакупљања процесног материјала у сржи дотиче овај однос.

¹¹⁰ Уп. међутим *Водинелић*, т. 246.

¹¹¹ Тако и *Водинелић*, т. 246: „[з]ајемчен је слободан развој личности, што и имплицира и јемство аутономије воље (чл. 23 ст. 2 УС)“.

¹¹² *BVerfG* 1 BvR 567/89; 1 BvR 1044/89 NJW 1994, 36 (38) = *BVerfGE* 89, 214 (231): „Чл. 2 ст. 1 Основног закона [*scil.* право на слободан развој личности, *M. K.*] обезбеђује приватну аутономију као «самоодређење појединца у правном животу»“. Исто и у литератури, уп. *Medicus*, AT BGB⁸, Rn. 4, 172 и след.; *Köhler*, BGB AT³¹, § 5 Rn. 1; *Stürmer* in: FS Baur, 647 (651).

¹¹³ Тако за немачко стање *Stürmer* in: FS Baur, 647 (652 и след.); *Rauscher* in: MünchKommZPO³, Einl. Rn. 256.

¹¹⁴ Уп. *Brüggemann*, 170 и след. са даљим упућивањима.

Спрам данашње оријентације уставних вредности произилази да су правила расправног начела оправдана. Како то *Хенкел* истиче, патос слободе и одговорности који стоји иза приватне аутономије је одговарајућ и за процесно право.¹¹⁵ Странкама се даје могућност да кроз правила расправног начела детерминишу садржај пресуђења, али им се и намеће одговорност за исправност пресуђења. Као што је речено, то је у складу са вредновањима материјалног права, односно у складу је са положајем индивидуе који она има према држави.

Међутим, речено образложење се односи само на правила која се тичу слободне и одговорности странака уопште, а не тиче се самог модела, који може да буде или чисто расправно начело, или ублажено. Из вредности слободе и одговорност нужно не проистиче чисто расправно начело и пасивност суда. Да би се дошло до таквог закључка, тј. апсолутне и неограничене пре свега одговорности странака, потребна је додатна аргуменација, која се спрам данашњег стања не може дати.

б) Ефективност слободе и одговорности странака: иманента веза са принципом *iura novit curia*

Заслуга критичара екстремног либералног схватања још у његово време је постављање питања реалног значења слободе и одговорности које расправно начело носи са собом.¹¹⁶ Неједнакост појединца је и тада представљала кључну критику. Слободу може уживати само онај који је ње свестан, односно одговорност може сносити само онај које је свестан њеног постојања. Ипак, ако се стави по страни социјално питање, јер оно није једино релевантно, те ако се правила моделског расправног начела ставе у постојећи и традиционални контекст принципа *iura novit curia*, показује се иманентна граница „ефективности расправног начела“ (*Хенкел*). Слобода, а пре свега одговорност странака, могу да служе својој сврси само када странке са њима нису преоптерећене.¹¹⁷ Апсолутна одговорност странака за изношење процесног материјала – пре свега постављање тврдњи – може да буде одговарајућа само ако је пропорционална домену одговорности.

Права вредност доминанте аргуменације да је судијска дужност питања комплементарна поступку једне правне и социјалне државе, у смислу да странке треба да буду у стању да сnose одговорност и да користе своју слободу, јесте најпре у интеракцији правила расправног начела и принципа *iura novit curia*. Без спомена овог принципа би се заиста могло закључити да није неопходна судијска саодговорност кроз дужност питања и да је оно страном телом. Јер, чему онда мисао о забрани патернализма уколико странка има ипак *ублажену* одговорност?

Принцип *iura novit curia* се данас код нас најчешће потцењује у смислу да се он схвата само у контексту проблема да суд није везан правним схватањем пре свега

¹¹⁵ *Henckel*, 119 Fn. 223.

¹¹⁶ Мисли се пре свега на *Клајна*; в. горе § 8 II. Исто тако је и појава социјалне струје показала значај дужности питања и довела до њеног повећаног значаја и код неолибералне доктрине; в. горе § 8 V.

¹¹⁷ *Heckel*, 144; уп. *ders.* in: *GS Bruns*, 111 (126 и след.).

тужиоца, па да може да усвоји тужбени предлог и на основу других норми а не оних које их назначује (*arg. чл. 192 ст. 4 ЗПП*). То свакако да није неисправно, али срж проблема је у нечем другом. За потребе аргументације на овом месту, неопходно је опет вратити се на судски силогизам, сада у контексту принципа *iura novit curia*. Суд подводи доњу премису под горњу и доноси пресуду, упрошћено гласи појам силогизма. Која је релеванта норма и које је њено значење, по принципу *iura novit curia* суверена је одлука суда. С обзиром на нераскидиву везу чињеница и правних норми за било који правни силогизам, па тако и судски, јасно је да су битне чињенице само оне које се односе на примену норме; све остале су за силогистичку операцију као такву небитне. Када се то сада доведе у везу са расправним начелом, произилази следеће: које су битне чињенице одређује суд, јер је то питање права; које се чињенице уопште могу утврдити, зависи од странака. У реченом се показује одређена противуречност. Суд одређује шта је релевантно, а шта није, шта треба да се утврди, а шта не, док странке одлучују шта ће се заиста утврдити; јер, да би се нека чињеница утврдила, потребно је да је претходно наведена од стране странака, па ако је спорна, и да се утврди доказивањем, које опет иницирају странке. Стога од странака зависи да ли ће се нешто утврдити, али оне принципијелно ни не знају шта је релевантно.¹¹⁸ Када се то још доведе до евиденције и трансформише се у контекст терета странака – јер, расправно начело и јесте систем терета – странке носе терет за нешто што одређује суд, а не оне саме. Начелно, при важењу *iura novit curia* странке су носиоци једног апстрактног терета тврдње, потом исто таквог субјективног терета доказивања, јер садржај терета детерминише суд – норме о расподели терета у било којој теоријској концепцији су правно питање.

Управо због наведеног *Трива* дужност постављања питања – за њега само део ширег концепта отвореног правосуђења – означава као логичну пројекцију модерног поступка заснованог на принципу *iura novit curia*.¹¹⁹ Она је ипак мање логична него што је правична. Превалити на странке терет чију конкретну садржину оне ни не знају, или боље, ни не морају да знају, значи пре свега неправичну, потом и нелогичну одговорност. Када би се то преточило у материјалноправне категорије, то би била одговорност једног лица за штету у погледу деликтних радњи које су ван сваке његове контроле, за радње којима он принципијелно не влада. Јер, ако странка треба да сноси терет тврдње, а да притом од ње не зависи шта је релевантно а шта не, то је одговорност за нешто што није у власти странака. Стога, ако се прихватају правила моделског расправног начела, неопходно је да се омогући странкама да правично носе своје терете.¹²⁰ Наложити суду да укаже странци на дефицит тврдњи је управо омогућавање странци да реално сноси свој терет, јер у конкретној ситуацији је неука, или је лоше заступана, или уз сву компетентност има правну перцепцију другачију од суда.¹²¹ Спрам правнополитичког оправдања ублажено

¹¹⁸ На ово данас указује *Кеча* ЗбоНС XLVII/3 (2013), 75 (81).

¹¹⁹ *Трива*, Есеј о отвореном правосуђењу, 209 (224).

¹²⁰ Уп. *Jauernig*²⁹, § 25 VIII 3.

¹²¹ Уп. *Stürner* in: FS Baur, 647 (657).

расправно начело служи да се обезбеди поштовање слободе странака, али странка мора да буде свесна своје слободе.

Ублажавање одговорности странака је израз управо правог вредновања приватне аутономије. Упориште за неограничену одговорност странака, за екстремни индивидуализам и за изостанак било какве заинтересованости државе за исход спора је тешко наћи у систему у који је оријентисан на остваривање владавине права и социјалне правде. Управо због реченог повратак у XIX век није могућ. Односно, могућ је, али уз темељну антисоцијалну уставну реформу, али и исту такву реформу приватноправног поретка. Повратак у XIX век је, према томе, могућ уколико се рецимо укине Закон о потрошачима, који није ништа друго до израз социјалних стремљења.¹²²

Због тога је и саодговорност израз нужности правичног поступка у којем важи принцип *iura novit curia*. Правичан поступак се не може детерминисати само на основу доктрине коју успоставља ЕСЈП, већ је он нераскидиво везан уставним вредновањима с једне стране, и конструкцијом парничног поступка с друге стране. Не сме се сметнути са ума да Република Србија није само заснована на владавини права, и да само спрам тога треба да се схвата појам правичног поступка, већ је она заснована и на социјалној правди. Парнични поступак који претендује да буде правичан спрам таквих постулата мора да у својој укупности оспособи странке за пуно испуњавање својих улога.¹²³ Све док постоји постулативна способност странака, као и преко тога расподела улога по систему *da mihi factum, dabo tibi ius*, ублажено расправно начело је примерено уставноправном захтеву обезбеђивања правичног поступка. У том смислу то и има значај компензације лошег вођења парнице, али не у смислу немачке социјалне струје да се тиме изједначавају социјални дефицити, већ невезано од тога се обезбеђује правично сношење одговорности. То што се у највећем броју случајева поклапа лоше вођење парнице са социјалним дефицитима на концепцијском плану нема никакав значај. Помоћ суда је намењена свакој странци која у конкретној ситуацији није у стању да овлада својом улогом, што не искључује да се ради и странци која је заступана путем адвоката.

Схватање о чистом расправном начелу о реченом не води рачуна, па зато изостаје било какво спомињање суштине лабављања одговорности странака. У критици чл. 313 ЗПП се уопште не води рачуна о „судбинској везаности“ чињеничних навода и правне оцене, већ се све своди на питање „превланог начела материјалне истине“. Иако је идеја о „праву на правичном суђењу“ опште место сваке приче о „новом концепту парницења“, ово схватање управо негира идеју о правичном поступку. Разлог за то је у овом контексту занемаривање правнополитичке вредности расправног начела, јер се у потпуности занемарује темељни задатак државе да обезбеди владавину права и социјалну правду. Због тога и постојеће стање у ЗПП не може да се означи као чисто расправно начело.

¹²² Но, заштита потрошача је уставна гаранција (чл. 90 ст. 1 Устава)!

¹²³ Изричито *Stürner* in: FS Baug, 647 (658).

Саодговорност суда је израз основних постулата Републике Србије, и зато је оправдана теза о ублаженом расправном начелу. Она се заснива на вредностима приватне аутономије, али у разумним, правичним оквирима. У том смислу у потпуности важи и за српске прилике *Штирнерова* мисао која треба да покаже да савремено стање није XIX век, јер је допуна либералне мисли управо концепт саодговорности суда!

Правна заштита дугује захвалност либерализму пуно, ако не и све; за науку процесног права постоји можда разлог за допуну, али не за дистанцирање.¹²⁴

В. Циљ поступка и ублажено расправно начело

а) Теорије о циљу парничног поступка

Расподела одговорности за идеално чињенично стање тесно је повезано са питањем циља и задатка парничног поступка. Резултати истраживања су показали да одговор на питање циља поступка зависи пре свега од правнополитичких премиса и духовних стремљења.¹²⁵ Одређивање циља поступка међутим није само оптирање између традиционалних категорија индивидуалне правне заштите и заштите објективног правног поретка, иако се то најчешће и везује за проблематику расподеле одговорности за прибављање процесног материјала. У теоријском смислу проблем је већ по себи много комплекснији, а јасно одређивање категорија итекако утиче и на образложење ублаженог расправног начела.

аа) Негирање правозащитног циља парничног поступка

Традиционално одређивање појма парничног поступка полази од тога да је парнични поступак метод заштите угрожених или повређених субјективних права, што имплицира његову правозащитну функцију.¹²⁶ Према томе, циљ поступка је заштита грађанских субјективних права. У истом смислу, то је и метод остварења пројектованог нормативног поретка, па се зато циљ поступка може одредити и као заштита објективног правног поретка. У обе варијанте, поступак је правозащитна институција, а његов циљ је стога заштита права – субјективног и/или објективног приватног права. Парнични поступак је инструменталног карактера, он служи „спровођењу материјалног права“. Такво одређивање циља се наспрам реченог решава с позивом на материјално право.

Иако је то данас неспорно, ипак су постојала и друга схватања која су негирала правозащитну функцију парничног поступка, тиме и одређивање циља спрам материјалног права. Најпознатије такво схватање је *Голдмитово* (*Goldschmidt*), по којем је циљ поступка правноснажност, и ништа више. Противећи се *Ваховом* „метафизичком“ одређењу појма циља поступка – а то је за *Ваха*

¹²⁴ *Stürner* in: FS Baumgartel, 545 (546).

¹²⁵ Репрезентативан пример је мењање концепција у Немачкој, с обзиром на мењање идеологија; в. горе § 8.

¹²⁶ Уместо свих уп. *Gaul* in: Zivilprozessrecht im Lichte der Maximen, 68 и след.

индивидуална правна заштита у смислу заштите субјективних права или одбране од неоснованог напада¹²⁷ – он инсистира на емпиријском одређењу, што је управо правноснажност пресуде.¹²⁸ На тај начин се само процесно право одваја у потпуности од материјалног права, што доводи до тога да је поступак сам себи циљ и да је лишен свог разумног смисла.¹²⁹ С друге стране такво одређење циља је бескорисно у практичном смислу и нема никакве последице на обликовање поступка; јер, и сваки судски поступак, па и најпримитивнији, тежи једној врсти правноснажности.¹³⁰ Због наведених критика *Голдимитово* схватање није прихваћено, а уједно је и показало да његово настојање да кроз правноснажност као циљ поступка створи брану за продор „идеолошких упада у процесно право“ није могло да се спроведе. Данашња јуриспруденција вредновања то управо показује. Показало се да се циљ поступка мора везати за материјално право, и да у том смислу он мора бити опредељен као правозащитна институција, и поред тога што је могуће да се донесе неисправна пресуда и да се не постигне циљ.

Ипак, *Голдимитова* оријентација одређивања циља поступка ван довођења у везу са материјалним правом има своје – блиске или удаљене – следбенике. То би биле све теорије које заправо негирају примарну правозащитну функцију парничног поступка, кроз тезе о решавању спорова (конфликата), обезбеђивању правног мира, и правди и истини као циљевима поступака, и на крају учењу о конкретизацији објективног права.

Решавање спорова као самостални циљ поступка занемарује пре свега природу континенталног приватноправног поретка, који је ванпроцесно фиксиран.¹³¹ Он почива на нормама које уређују међусобне односе појединаца, а оне су параметар одлучивања у поступку. Сасвим је друго стање у англоамеричком систему где пре поступка не постоји законски фиксирано објективно право, што значи да не постоји ни субјективно право. Због тога је и могуће да се у таквом систему циљ види у решавању спорова, а не у заштити права.¹³² Међутим, све док постоји фиксирани ванпроцесни приватноправни поредак, решавање спорова не може да буде самостални циљ поступка. То је само последица његове правозащитне функције.

Једна од неизоставних премиса у излагањима о циљу поступка је мисао о забрани самопомоћи, и као изразу тога успостављању парничног поступка. Самопомоћ као метод решавања спорова је већ због коришћења принуде од стране појединаца неприхватљива у правној држави. Због тога се јавља идеја о

¹²⁷ *Wach*, Handbuch I, 3 и след., 7 Fn. 7; о томе и *Gaul AcP* 168 (1968), 27 (42 и след.).

¹²⁸ *Goldschmidt*, 150 и след.

¹²⁹ За такву критику уп. *Gaul AcP* 168 (1968), 27 (56 са даљим упућивањима); *Rimmelspracher*, 15 и след.; *Laumen*, 71.

¹³⁰ *Henckel*, 49; *Jauernig JuS* 1971, 329 (330); *Laumen*, 71.

¹³¹ У том смислу *Gaul in: Zivilprozessrecht im Lichte der Maximen*, 68 (71).

¹³² На то се указује пре свега у немачкој доктрини; уп. *Gaul in: Zivilprozessrecht im Lichte der Maximen*, 68 (71); *Stadler Hastings Int'l & Comp. L. Rev.* 27 (2003-04), 55 (59). Речено треба да служи као исходиште сваког упоређивања континенталног и англоамеричком система. Поређење самих института без узимања у обзир ове фундаменталне разлике може да доведе само до забуна и збрка.

обезбеђивању правној мира као самосталном циљу парничног поступка.¹³³ Са правноснажношћу пресуде се спрам тога остварује правни мир, јер се спор решен на ауторитативан начин. Иако на први поглед то изгледа као исправно и неупитно, ипак се не може прихватити. Изостављање спомињања пружања правне заштите у таквом схватању дезавуише смисао парничног поступка. Уколико је самостални циљ обезбеђивање правног мира, онда то може да буде било каква пресуда; сликовитије, правни мир сам за себе је и „мир гробља“.¹³⁴ Уосталом, са правом се истиче и да у савременом правном поретку забрана самопомоћи није (само) у обезбеђивању правног мира.

[Б]ез сумње је то био примитивни корак у развоју у којем се најпре самопомоћ заменила државним правосуђем ради правног мира. Од тада су се безбројне генерације трудиле да изграде поступак на основу његове својствене функције као правозащитне установе.¹³⁵

Стога данас забрану самопомоћи треба видети у томе да се успоставља институција у којој ће се пружати правна заштита и тако ће се тек обезбедити правни мир. Она на крају постоји и за случајеве када самопомоћ уопште и не би била од користи.¹³⁶ Ако би могла да се сумира критика правног мира као самосталног (или примарног) циља поступка, то би било следеће. Забрана самопомоћи није уследила само ради забране вршења принуде од стране појединаца, већ зато што је она несигурна – она не зависи од права, већ од јачине појединца (*Faustrecht*). Управо због тога је установљен парнични поступак – да би се пружила правна заштита, тј. да би победило право. У том смислу парнични поступак остварује циљ обезбеђивања правног мира само када је обликован тако да води материјално исправној пресуди.

Конкретизација права као циљ поступка (*Павловски* [*Pawłowski*]) води порекло још од тезе *Билова* (*Bilow*) и представља заправо блиски теоријски концепт у овом раду већ споменутом схватању *Леонхарда* у погледу смисла терета доказивања. Наиме, *Павловски* полази од тога да су материјалноправне норме тек недовршен предлог, које постају потпуне тек кроз судску одлуку.¹³⁷ Стога је и циљ поступка конкретизација права, али не путем закона и судске одлуке, већ тако што странке утичу на њу кроз поступак који воде.¹³⁸ На основу тога *Павловски* напомиње да његово схватање није „реприза учења *Билова*“, јер је конкретизација права задатак странака.¹³⁹ У његовом схватању велику вредност има консензус странака, њихова сагласност, и она је фундаментална; тако су интереси појединаца и заједнице у поступку идентични.¹⁴⁰ Оваквом схватању се с једне стране приговара

¹³³ Представнике овог схватања је *Шенке*; в. код *Gaul* АсР 168 (1968), 27 (57 и след.).

¹³⁴ Уп. *Zettel*, 148 са даљим упућивањем.

¹³⁵ *Gaul* АсР 168 (1968), 27 (59)

¹³⁶ Одатле многи (*Гаул*, *Хенкел* и др.) закључују да парнични поступак и није замена за самопомоћ, већ је то извршни поступак. Разматрање оваквог схватања се може оставити по страни.

¹³⁷ *Pawłowski* ZZP 80 (1967), 345 (363/364), са позивом на *Билова*: пресудна карактеристика свих права је да су она неодређена, нејасна, да она нису утврђена; уп. и *Gaul* in: *Zivilprozessrecht im Lichte der Maximen*, 68 (81 са даљим упућивањима).

¹³⁸ *Pawłowski* ZZP 80 (1967), 345 (369 Fn. 103).

¹³⁹ *Pawłowski* ZZP 80 (1967), 345 (369 Fn. 103).

¹⁴⁰ Уп. *Pawłowski* ZZP 80 (1967), 345 (389).

да је већ полазна премиса погрешна – материјално право није несавршено и непотпуно, већ постоји ванпроцесни материјалноправни поредак.¹⁴¹ С друге стране, постављање циља поступка у виду консензуса странака и прихватљивости решења спора, што се очигледно односи на судско поравнање, дезавуише смисао судског поступка,¹⁴² али представља и идеализацију¹⁴³ или утопију.¹⁴⁴ Поступак постоји да би судија изрекао право; он је правни спор и треба да функционално остане такав.¹⁴⁵ Утолико и конкретизација права кроз утицај странака не може да буде циљ поступка.

Из изложене аргументације произилази да је циљ поступка заштита права и може бити једини самостални циљ поступка. Сви други циљеви су само последица овог циља. Правозаштитна функција поступка, односно парнични поступак као институција правне заштите не може да се негира. Он није успостављен да би се развијало објективно право, нити да би се изоловано од ванпроцесног материјалноправног стања решавао спор, нити да би се обезбедио правни мир. Све су то последице остварења циља у виду заштите права.

бб) Индивидуална правна заштита или заштита објективног правног поретка

Одређење да је парнични поступак правозаштитна институција и да је његов својстени и самостални циљ пружање правне заштите доводи до коначног и традиционалног питања: Да ли је циљ индивидуална правна заштита и/или заштита објективног правног поретка? Резултати досадашњег истраживања су показали да је одговор најтешње повезан са правнополитичким премисама, духовним вредностима датог времена, и на крају идеологијама. Треба само укратко изложити основне правце у доктрини ради рекапитулације.

Индивидуална правна заштита као примарни циљ поступка подразумева „утврђивање, спровођење и обликовање субјективних права“ или у потпунијој и исправнијој дефиницији – заштита субјективних права и одбрана од неоснованог напада.¹⁴⁶ У сваком случају, по овој концепцији нагласак је на заштити приватних, индивидуалних интереса, а тек кроз њих се постиже и заштита објективног правног поретка. Ова концепција је и данас владајућа у немачкој доктрини,¹⁴⁷ али и пракси.¹⁴⁸ Све док се пружа индивидуална правна заштита штити се и објективни правни поредак. Само су тада то две стране исте медаље (концепција *sowohl als auch*).

Према *Клајновој* концепцији редослед је обрнут: циљ поступка је заиста заштита субјективних права, али она уживају заштиту тек као део објективног

¹⁴¹ Тако *Gaul* in: *Zivilprozessrecht im Lichte der Maximen*, 68 (82).

¹⁴² *Jauernig* JuS 1971, 329 (330); *Gaul* in: *Zivilprozessrecht im Lichte der Maximen*, 68 (82).

¹⁴³ *Henckel*, 55.

¹⁴⁴ *Gaul* in: *Zivilprozessrecht im Lichte der Maximen*, 68 (82).

¹⁴⁵ Уп. *Gaul* in: *Zivilprozessrecht im Lichte der Maximen*, 68 (82); *Jauernig* JuS 1971, 329 (330).

¹⁴⁶ Уп. *Heinze* in: *FS Beys I*, 515 (518); *Gaul* in: *Zivilprozessrecht im Lichte der Maximen*, 68 (76); *Wach*, *Handbuch I*, 3 и след., 7 Fn. 7

¹⁴⁷ Уместо свих *Rosenberg/Schwab/Gottwald*17, § 1 Rn. 5 и след.

¹⁴⁸ Уп. *BGH IX ZR 229/03 BGHZ 161, 138 = NJW 2005, 291*.

правног поретка, што значи да је то примарни циљ.¹⁴⁹ Тако упрошћено излагање *Клајнове* концепције није довољно и ствара утисак екстремно колективистичког схватања поступка.¹⁵⁰ Наглашавање заштите објективног правног поретка код *Клајна* има социјалну функцију, јер и сам поступак има такву улогу. У таквом смислу је ово схватање циља поступка апсолутно владајуће у садашњој аустријској доктрини, док је у различитим формама било присутно у немачкој, али и домаћој науци.

Екстремно колективистичка схватања поступка која у потпуности маргинализују индивидуалну правну заштиту, и која заштиту објективног правног поретка уздижу у једини циљ поступка су националсоцијалистичка и социјалистичка.¹⁵¹ Нестанком ових схватања је и замрла теза о негирању индивидуалне правне заштите.

б) Циљ парничног поступка Србије

За одређивање циља поступка нужно је узимање у обзир основних уставноправних задатака државе и вредновање њеног односа према поједицима. С друге стране је нужно и узимање у обзир схватања самог приватноправног поретка.

Одређење да један судски поступак служи заштити објективног правног поретка колико је исправно, толико и ништа не говори.¹⁵² Сваки такав поступак служи наведеном циљу, јер се у њему примењује одговарајуће материјално право. Одређење циља својственог само парничном поступку стога зависи од обликовања објективног материјалног права,¹⁵³ кроз кога треба и да се покаже његова суштинска инструменталост. Уколико правни поредак признаје субјективна права, и она представљају централну фигуру, што је случај и са домаћим системом,¹⁵⁴ онда поступак у којем се применом таквог права решавају спорови треба да служи заштити субјективних права. Другим речима и прецизније, индивидуална заштита као циљ поступка произилази већ из саме концепције материјалног права.¹⁵⁵ У мери у којој се пружа индивидуална правна заштита штити се и објективни правни поредак. Супротно *Клајновој* доктрини заштиту уживају субјективна права као

¹⁴⁹ В. горе § 8 II.

¹⁵⁰ Као што је речено, у предратној доктрини је *Б. Благојевић* и инсистирао на „колективизацији“ парничног поступка; в. горе § 14 III 3.

¹⁵¹ В. горе § 8 III, IV 3.

¹⁵² *Jauernig* JuS 1971, 329 (331); *Jauernig*²⁹, § 1 I 2.

¹⁵³ *Jauernig*²⁹, § 1 II.

¹⁵⁴ В. горе III 3 Б а).

¹⁵⁵ Изузеци су могући, и постоје, али тиме се не доводи у питање опште одређење. Ради се, наиме, о тзв. заштити институција (*Institutionenschutz*), за шта се даје пример поступака ради поништаја брака које покреће јавни тужилац, или о заштити тржишне утакмице као такве. У овим случајевима се ради о заштити објективног правног поретка и тиме је манифестација јавног интереса; уп. *Jauernig* JuS 1971, 329 (331 и след.); *Gaul* in: *Zivilprozessrecht im Lichte der Maximen*, 68 (79 и след.); *Rosenberg/Schwab/Gottwald*¹⁷, § 1 Rn. 8; за домаћу литературу уп. *Водинелић* *Анали* XLVI/2-3 (1996), 13 (16 и след.).

таква, а не само као део укупног (објективног) правног поретка.¹⁵⁶ Чини се да с правом *Штирнер* указује да је такво схватање противно вредностима идеје о слободној правној држави, те да је уз то оно само на корак од једног колективистичког схватања поступка.¹⁵⁷ У истом смислу ни околност да је процесно право јавно право – што стоји – не сме да доведе до тога да се паушална јавноправна вредновања из других поступака пренесу на парнични поступак; то је превазиђен и опасан метод, јер се пренебегава да јавно право нема јединствена вредновања за своју основу.¹⁵⁸ Једноставно, питање циља поступка је нужно повезано са схватањем материјалног права коме он у крајњој линији служи.¹⁵⁹ Стога треба бити опрезан и са тезом да постоји идентитет циља у смислу да је он како и индивидуална заштита, тако и заштита објективног поретка.¹⁶⁰ Све док је субјективно право централно место приватноправног поретка, циљ парничног поступка се не може схватати ван тога. Тек кроз овај циљ се остварује и „наиндивидуални“. На крају, реалност свакодневних поступака говори у прилог индивидуалној правној заштити као циљу поступка, јер како *Гаул* напомиње, ниједна странка не би разумела када би јој се рекло да се она спори у поступку само ради потврђивања објективног приватноправног поретка.¹⁶¹

Инсистирање на индивидуалној правној заштити као основном циљу парничног поступка у новије време, наслањајући се на *Штирнера*, *Хајнце* је образложио додатно на догматичком плану. По њему, с обзиром да је основно људско право право на правосуђе, циљ поступка није продукт теорије, већ је он нормативно предодређен.¹⁶²

Учење *Клајна* не треба због наведене критике у потпуности занемарити, већ обратно: у њему треба видети идеје које су постале опште добро савремених поредака. Наглашавање социјалне функције поступка има своју вредност и на плану циља. Наиме, може се рећи идеја о социјалном циљу поступка трансформише класично одређење да је и индивидуална правна заштита као примарни циљ

¹⁵⁶ За критику у том смеру *Gaul* AcP 168 (1968), 27 (47 и след.); *ders* in: *Zivilprozessrecht im Lichte der Maximen*, 68 (77); *Jauernig*²⁹, § 1 III.

¹⁵⁷ *Stürner* in: *FS Baumgärtel*, 545 (548 Fn. 16), с тим да он апострофира блискост са колективистичким схватањем националсоцијализма цитирајући *де Бора*. Никакве разлике, међутим, нема ни у односу на социјалистичко схватање приватноправног поретка и у том смислу циља поступка, јер је и у њему основна карактеристика поистовећивање јавног и приватног интереса, тј. примат јавног интереса и маргинализација приватног; за ДДР в. горе § 8 IV 3; за такво схватање и у југословенској доктрини (*Камхи*) горе § 15 I 2. Уп. и *Jauernig*²⁹, § 1 III 2.

¹⁵⁸ *Henckel*, 60, са напоменом да се тиме лако може доћи, са позивом на особеност процесног права наспрам материјалног, до скривених идеолошких упада у процесно и материјално приватно право. И он указује на искуства националсоцијалистичке процесне идеологије и *де Бора*. У новије време *Хајнце* изнова упозорава на опасност од упада јавноправних вредновања процесног права на рачун вредновања грађанског материјалног права; уп. *Heinze* in: *FS Beys I*, 515 (538 и след., нарочито 541).

¹⁵⁹ *Jauernig* JuS 1971, 329 (331); *Jauernig*²⁹, § 1 III 2; *Гаул* прихвата критике *Јауерниха*, и сада наглашава да се његова концепција двоструког циља може остварити само у систему у којем постоје субјективна права, што се по њему негира у социјализму; *Gaul* in: *Zivilprozessrecht im Lichte der Maximen*, 68 (79)

¹⁶⁰ То је ранија *Гаулова* концепција „*sowohl als auch*“; уп. *Gaul*, AcP 168 (1968), 27 (46 и след.); За критику *Jauernig* JuS 1971, 329 (331).

¹⁶¹ *Gaul* in: *Zivilprozessrecht im Lichte der Maximen*, 68 (79).

¹⁶² *Heinze* in: *FS Beys I*, 515 (519).

поступка уједно и јавни интерес. Другим речима, држава више није незаинтересована за испуњење циља. Држава је заинтересована да се испуни овај циљ, јер је он социјално импрегниран. Питање је само конкретног обликовања поступка, што је управо питање важећег начела у погледу прикупљања процесног материјала.

в) Циљ поступка и ублажено расправно начело

На основу одређења циља поступка, потребно је да се демистификује основна парадигма савременог „општег добра“ процесне доктрине да успех странака не треба да буде пресудан фактор за постизање циља. Другим речима, потребно је да се покаже да тежња да успе у спору странака која у праву није уједно и негирање индивидуалне правне заштите као циља поступка, односно то није теза о примату заштите објективног правног поретка.

Циљ поступка јесте индивидуална правна заштита. Међутим, слобода странака да саме детерминишу садржај пресуђења и тиме можда онемогуће доношење исправне пресуде не значи истовремено да је држава незаинтересована за постизање циља. Јаз који постоји између слободе странака и тежње ка материјалноправној исправној пресуди је само привидан. Исто тако је привидна противуречност између одговорности странака и саодговорности суда за идеално чињенично стање и тиме исправну пресуду. Ако се исправно схвата вредност слободе у поступку види се да од странака зависи постизање циља. Та слобода се мора поштовати, јер је то примерено вредновањима слободе и одговорности. Међутим, када странке желе постизање циља, када оне показују да је за пресуђење битно идеално чињенично стање, онда суд не треба да одмаже, већ да подржава његово остварење. У крајњој линији он путем помоћи странкама у виду сигнализирања постојања дефицита процесног материјала доприноси индивидуалној правној заштити. Другим речима, на саодговорност суда не треба гледати као на тежњу ка утврђивању истине зарад заштите објективног правног поретка, већ као тежњу за обезбеђивањем индивидуалне правне заштите. То је прави смисао владајућег схватања како неолибералне немачке доктрине, тако и (социјалне) аустријске, да парница није фудбалска утакмица и да не треба да победи спретнији, већ онај који је у праву. Суд у границама неутралности треба да омогући тако нешто, а не да доведе до оживљавања резултата самозаштите. Као што је речено, она није укинута само зато што се нарушавао мир тако што би појединци примењивали принуду, већ зато што самозаштита по дефиницији подразумева закон јачега (*Faustrecht*). Зар није идеја о (чистом) расправном начелу у резултату иста: исход спора зависи од јачине (интелектуалне, економске, социјалне). Тада се суштински негира правозаштитни карактер парничног поступка.

Одређење да је циљ поступка индивидуална правна заштита не значи да се тиме одустаје од тежње за доношењем исправне пресуде. Управо овај циљ претпоставља доношење такве пресуде, јер ако се он одреди као „одређивање шта је

моје, а шта твоје“, онда се мора и утврдити право чињенично стање.¹⁶³ У држави која је заснована на владавини права, а поврх тога и на социјалној правди, парнични поступак мора за свој циљ да има исправно пресуђење. Постулат правне државе то захтева. Нема спора да је утврђење истине – идеално чињенично стање – неопходан међуциљ. Негирање (материјалне) истине као циља у (пре свега у неолибералној) литератури уопште није уперено против реченог, а и сами аутори истичу да је циљ поступка исправна пресуда.¹⁶⁴ Разлог за негирање је, пре свега, немогућност да истина као таква буде циљ поступка, с обзиром да је његов предмет увек правно питање, а не утврђивање чињеница.¹⁶⁵ С друге стране је то управо одбрана расправног начела као концепта слободе и одговорности странака, јер се према таквим схватањима она мора обезбедити. Међутим, онда када странке не располажу идеалним чињеничним стањем – пре свега када не признају тврдње – неподељен је став да је циљ поступка исправна пресуда и кроз њу пружање индивидуалне правне заштите. На овај начин се доприноси и остварењу других циљева који су последица индивидуалне правне заштите: заштита објективног правног поретка и обезбеђивање правног мира. У контексту последњег је веома важна замисао немачког законодавца о сврси судијске саодговорности: тиме се суђење чини транспарентним и повећава се прихватљивост првостепене одлуке од стране странака.¹⁶⁶ Нема сумње да речено значи и обезбеђивања поверења у правосуђе, које је данас, што се српских прилика тиче, на незавидном нивоу.

Схватање о чистом расправном начелу у свом резултату има у потпуности другу концепцију. Пасивност суда значи и незаинтересованост државе за постизање циља, што би могло и да значи да исправно пресуђење није циљ поступка, већ било каква пресуда. То није ништа друго до са правом одбачено схватање *Голдимића* о правноснажности као циљу поступка. Јер, уколико се не тежи исправном пресуђењу, онда ни индивидуална правна заштита, чак и ако се спомиње, није циљ поступка. То је, међутим, постала карактеристика садашњег поимања парничног поступка у којем се идеја о суђењу у разумном року дегенерисала. Без било каквог спомена да је циљ поступка индивидуална правна заштита схваћена на изложен начин, поступак служи пре свега држави: да судије испуне своје месечне или годишње норме и да се оствари „начело суђења у разумном року“, али на крају не зарад странака, већ да држава не би одговарала за кршење права на правично

¹⁶³ Уп. *E. Schmidt DuR* 1984, 24 и след.

¹⁶⁴ Веома репрезентативно *Schönfeld*, 34: [д]анас је опште добро парничног поступка да подлога пресуде треба да буде што истинитије стање ствари. Само је судија широко везан вољом странака у погледу проналажења истине“.

¹⁶⁵ Традиционални изузетак је парница ради утврђења аутентичности исправе. Ипак, сам ЗПП из непознатог разлога одређује да предмет деклараторне тужбе може бити утврђење чињеница „ако то закон или други пропис предвиђа“. Но, и пре ЗПП законодавац је изричито предвиђао утврђење чињеница као предмет поступка, што је негде имало оправдање, а негде не. Ове изузетке свакако не треба узимати у обзир приликом дефинисања циља поступка.

¹⁶⁶ В. горе § 9 VI 1. На то упућује већ *Бригеман* са везивањем „правичности“ за пресуђење на основу класичне примене права, а не на основу система терета: странка може да преболи губитак спора када се у пресуди поучи да није имала право спрам стања ствари; али она увек види неправду у случајевима када је изостало утврђење чињеница; *Brüggemann*, 167.

суђење. Очигледно је да је странка занемарена у таквом схватању, јер се она не обраћа суду да би добила пресуду у разумном року, већ се обраћа суду да би добила пресуду са садржином која, по њој, одговара ванпроцесном материјалноправном стању, и то, тек секундарно, у разумном року.¹⁶⁷

Ублажено расправно начело је, према томе, у складу са циљем парничног поступка. Судијска саодговорност треба да омогући, помогне остварење циља, чиме се никако не доводи у питање одређење да је то индивидуална правна заштита. Ублажено расправно начело не значи да је примарни циљ поступка заштита објективног правног поретка. Овде се још једном показује нужност схватања дужности суда као интегралног дела важећег начела, а не као инквизиторна дужност суда. Јер, да је то израз заштите објективног правног поретка, онда би то заиста била инквизиторна дужност суда, што према ЗПП никако није.

4. Право на правичан поступак и ублажено расправно начело

Од ратификовања ЕКЉП 2003. г. мисао о праву на правично суђење је постало најопштије место сваког разматрања концепцијских ствари. Како је речено, перманентна реформа парничног поступка своје исходиште има у тези да се мора обезбедити остварење овог људског права. Међутим, чини се да се било која прича о праву на правично суђење завршава са правом на суђење у разумном року, које је тек део овог сложеног права. Други апспекти нису у фокусу. Исто тако, што је можда најбитније, право на правично суђење се схвата само кроз доктрину *ЕСЉП*, коју покушава да прати и *УС*. Заборавља се да је право на правично суђење загарантовано самим Уставом, и да је оно као такво прожето основним вредностима на којима почива Република Србија. Ово право, што се тиче српског правног поретка, нема исту садржину као, рецимо, право на правично суђење у Енглеској, иако су обе државе чланице ЕКЉП. Пример Немачке је најбољи показатељ, јер се тежи формулисању сопственог права на правично суђење, које је одговарајуће уставној концепцији СР Немачке.¹⁶⁸ Према томе, треба да се испита колико је идеја о ублаженом расправном начелу у складу са правом на правично суђење које имају странке у смислу српског парничног поступка.

А. Право на саслушање и ублажено расправно начело

а) Појам права на саслушање; уставноправни ранг

У домаћој доктрини се готово без изузетка као основно начело парничног поступка означава „начело обостраног саслушања“. Под њим се подразумева, сходно и традиционалној законској редакцији, право странке да јој се омогући

¹⁶⁷ О нужности промене парадигме схватања поступка у смислу окретања ка странкама као конзументима поступка уп. *Uzelac* in: *Bicentenaire Code de Procédure civile*, 297 и след.

¹⁶⁸ Наравно, други узрок за то је и конкретно уставно уређење, по којем нема изричитог спомена права на правично суђење у Основном закону; в. горе § 9 VI 4.

изјашњење о предлозима, захтевима и наводима противника (чл. 5 ст. 1 ЗПП). У том смислу је ово начело означено као начело контрадикторности и везује се за једнакост странака.¹⁶⁹ Због овакве своје садржине се оно и означава као начело *обостраног* саслушања. У томе се и види нит са раном процесном теоријом где је ово начело управо добило такав смисао и под тим именом (*Grundsatz des wechselseitigen Gehörs*).¹⁷⁰

Смисао овог начела међутим није само у обезбеђивању контрадикторног поступка и једнакости странака, због чега се чини да и термин није одговарајући. Пре се може говорити о начелу саслушања странака (*Grundsatz des rechtlichen Gehörs*),¹⁷¹ или праву на саслушање (*Anspruch auf rechtlichen Gehör*). Срж начела је у обезбеђивању могућности да се странка изјасни о чињеничним и правним аспектима спора. У поступку у којем се одлучује о правима и обавезама појединца он мора да има положај субјекта, што значи да му се мора обезбедити могућност да својим радњама утиче на пресуђење. Према томе, начело саслушања подразумева да странка има право да се изјасни о чињеничним и правним аспектима спора, а томе одговара дужност суда да пре свега то омогући, а да се потом и сам изјасни о битним наводима странке и правним схватањима.¹⁷² Свакако да ово начело подразумева и обезбеђивање равноправности/контрадикторности, али како то *Галич* исправно наглашава, уколико би се право на саслушање гледало само на тај начин, онда би и један поступак у којем обема странкама није обезбеђено право на саслушање удовољио овом захтеву.¹⁷³

Право на саслушање у изложеном садржају има уставноправни ранг¹⁷⁴ и представља основно људско процесно право (*Prozessgrundrecht*). Оно је, пре свега, укорењено у неприкосновености људског достојанства (чл. 23 ст. 1 Устава), јер онемогућавање странке да кроз своје радње утиче на садржај одлуке која се ње непосредно тиче своди је на пуки објекат поступка.¹⁷⁵ Како је речено, то је и разлог због чега истражна овлашћења суда – када постоје – морају да буду праћена обавештавањем странака (чл. 5 ст. 3 ЗПП).¹⁷⁶ У делу који се тиче обезбеђивања

¹⁶⁹ Уп. *Кеча*⁵, 139 и след.; *Познић/Ракић-Водинелић*¹⁶, т. 299 и след.; *Г. Станковић* у: Новине у ГПП, 19.

¹⁷⁰ Уп. нпр. *Renaud*, 179.

¹⁷¹ Тај термин користи у домаћој литератури *Трива*, и то не без разлога, с обзиром на његову концепцију отвореног правосуђења; уп. *Трива/Белајец/Дика*⁶, 117.

¹⁷² Тако и *Јакшић*⁶, т. 673. С позивом на праксу ЕСЈП ово у резултату изражава и УС кроз тезу о праву на образложену судску одлуку; Уж 485/2008 СГ РС 76/10 = Билтен АС БГ 2 (2011), 192. За такво схватање права на саслушање у Немачкој уп. *BVerfG 1 BvR 1232/07 NJW 2009, 1585*: право на саслушање обавезује суд да узме у обзир излагања странака и да их размотри; уп. и *Leipold* in: *Stein/Jonas, ZPO*²², vor § 128 Rn. 67 и след. са даљим упућивањима на праксу.

¹⁷³ ЗбоЗГ 56 (2006), 479 (482).

¹⁷⁴ Тако већ за време СФРЈ, в. *Трива/Белајец/Дика*⁶, 117; *М. Јанковић* у: *М. Јанковић* и др., Коментар³, 16; исто и за време СРЈ, в. *Познић*, Коментар, 24/25.

¹⁷⁵ *Галич* ЗбоЗГ 56 (2006), 479 (482); *Leipold* in: *Stein/Jonas, ZPO*²², vor § 128 Rn. 12; *Rauscher* in: *MünchKommZPO*³, Einl. Rn. 199; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*¹⁷, § 82 Rn. 1; *Fasching*², Rn. 692; *ders.* in: *Fasching/Konecny*, Kommentar II/1², Einl. Rn. 50; *Rechberger/Simotta*⁷, Rn. 427.

¹⁷⁶ Заслуга за промовисање овог аспекта права на саслушање код нас, па и настанак одговарајуће одредбе без сумње припада *Триви*, јер је то управо једна од централних тачака његовог начела отвореног правосуђења. *Ракић-Водинелић* сматра да у ЗПП није садржан овај аспект права на

контрадикторности то је израз и једнакости пред судом (чл. 21 ст. 2 Устава). На крају, право на саслушање је интегрални део права на правично суђење из чл. 6 ст. 1 ЕКЉП, које је изричито предвиђено у Уставу.¹⁷⁷ Тешко може да се замисли идеја о правичном, фер поступку без обезбеђивања права на саслушање. Стога нема сумње да изостанак изричитог предвиђања права на саслушање у Уставу, као што је то случај са немачким Основним законом (чл. 103 ст. 1), није повод да се не призна уставноправни ранг овог начела.¹⁷⁸ Оно је „централна уставноправна гаранција правичности поступка“¹⁷⁹ и представља неодвојиви део поступка правне државе.¹⁸⁰

Право на саслушање се доводи и у везу са тежњом ка доношењу исправне пресуде, па тако репрезентативно немачки СУС констатује да је обезбеђивање права на саслушање „претпоставка исправне пресуде“.¹⁸¹ Тиме што се странкама омогућује изјашњавање о чињеничним и правним аспектима спора се свакако обезбеђује већи квалитет пресуде.¹⁸² То треба додатно ставити у контекст парничног поступка у којем важи правило да искључиво странке уносе процесни материјал. Већ одавно се право на саслушање везује управо за расправно начело, односно омогућавање његовог функционисања,¹⁸³ што је и логично. Тиме што се странкама обезбеђује право на саслушање, омогућује им се да утичу на садржину пресуде, јер се омогућује уопште долазак до идеалног чињеничног стања. Уколико странке, и само оне, одређују оквир чињеничног стања, неопходно је омогућити им да то чине. У том смислу кроз њихову активност на плану прикупљања процесног материјала оне и врше своје право на саслушање, или кроз њихову пасивност оне манифестују вољу да га неће вршити. Јер, не треба заборавити да право на саслушање представља *право* странке, а не њену дужност да га врши. Оно је у тој мери *диспозибилно*, што се у потпуности уклапа и у оправдање ублаженог расправног начела као израза слободе и одговорности странака.

саслушање, али она не увиђа да је конкретна одредба само променила место, и то исправно – чл. 7 ст. 4 ЗПП 04 је сада чл. 5 ст. 3 ЗПП; уп. *Ракић-Водинелић* ПЗап II (2011), 515 (522).

¹⁷⁷ Да је право на саслушање интегрални део конвенцијског права на правично суђење, неспорно је у немачкој и аустријској литератури; *Leipold* in: Stein/Jonas, ZPO²², vor § 128; *Rauscher* in: MünchKommZPO³, Einl. Rn. 219 и след.; *Greger* in: Zöller, ZPO²⁶, vor § 128 Rn. 3; *Fasching*², Rn. 697; *ders.* in: *Fasching/Konecny*, Kommentar II/1², Einl. Rn. 50; *Ballon* ZZP 96 (1983), 409 (471); *Rechberger/Simotta*⁷, Rn. 408; *Fucik* in: *Rechberger*, ZPO³, vor § 171 Rn. 9. Домаћа пракса исто везује питање права на саслушање за право на правично суђење, па кршење чл. 5 ЗПП види као кршење чл. 6 ст. 1 ЕКЉП; ВСС Гж 8/06 Билтен ВСС 3/2006, 33.

¹⁷⁸ Тако међутим изричито *Јакишић*⁶, т. 666.

¹⁷⁹ *Leipold* in: Stein/Jonas, ZPO²², vor § 128 Rn. 13; уп. и *Laumen*, 243.

¹⁸⁰ *Rauscher* in: MünchKommZPO³, Einl. Rn. 199; у истом смислу *Leipold* in: Stein/Jonas, ZPO²², vor § 128 Rn. 13.

¹⁸¹ *BVerfG* 1 BvR 396/55 BVerfGE 9, 89 (95). У истом смислу *Познић/Ракић-Водинелић*¹⁶, т. 251; *Трива/Белајеу/Дика*⁶, 118.

¹⁸² *Трива/Белајеу/Дика*⁶, 118; *Leipold* in: Stein/Jonas, ZPO²², vor § 128 Rn. 13; *Fasching* in: *Fasching/Konecny*, Kommentar II/1², Einl. Rn. 50.

¹⁸³ Тако већ *М. Марковић*, Теорија, 56; за данашње стање *Кеча*⁵, 140; *Познић/Ракић-Водинелић*¹⁶, т. 251; *Г. Станковић*⁷, 232.

б) Обезбеђивање ефективног права на саслушање

Право на саслушање је обезбеђено већ када је странци омогућено да износи процесни материјал, где спадају не само тврдње и доказни предлози, већ и изјашњавање поводом противникових тврдњи и доказних предлога, као и да се изјашњава о правним аспектима спора. То суд чини тако што поднесе једне странке шаље противнику, тако што их обавештава о сопственим радњама, и тако што их позива на рочишта. У том смислу се може говорити о формалном праву на саслушање.¹⁸⁴ Оно не захтева активност суда преко наведених радњи. Другим речима, формално право на саслушање подразумева пасивност суда. То је резултат тезе о расправном начелу.

Формално право на саслушање у парничном поступку у којем важе правила моделског расправног начела и принцип *iura novit curia* не испуњава смисао самог права.¹⁸⁵ Овде се показује значај горенаведеног наведеног одређења да се право на саслушање не своди само на обезбеђивање равноправности странака. Оно, дакле, постоји да би странке били заиста субјекти поступка, како би тиме у крајњој линији допринели исправном пресуђењу. Омогућавање изношења чињеница и предлагања доказа – изјашњавање о чињеничним аспектима спора – није само себи циљ, нити је то циљ правичности ради ње саме, већ је израз тежње да се странкама као правим субјектима поступка омогући утицај на пресуђење које се тиче њихових правних положаја. То неминовно произилази из постулата правне државе, али своје упориште има и у постулату социјалне државе. Право на саслушање стога не треба схватати само у формалном смислу, и уско га тумачити, већ је потребно да се обезбеди странкама што је могуће ефективније коришћење права на саслушање.¹⁸⁶ Оно треба да буде суштинско, у том смислу делотворно, а то подразумева и неретко *активност* суда.¹⁸⁷ Та активност није ништа друго до постављање питања ради превазилажења дефицита процесног материјала. Подстицањем странака да изнесу потребан процесни материјал суд омогућава ефективно, делотворно право на саслушање. На тај начин се и доприноси исправном пресуђењу, јер право на саслушање постоји и да би се допринело исправном пресуђењу; избегавање „формалних пресуда“, што су управо пресуде на основу терета тврдње и доказивања, ноторно значи допринос постизању таквог циља. Према томе, концепт ублаженог расправног начела је у потпуности у складу са смислом права на саслушање као основним људским правом и неодвојивим делом права на правичан поступак; он служи сврси због које постоји. Расправно начело, тј. негирање опште дужности питања, није у стању да обезбеди суштинско право на саслушање, што у случајевима који су итекако замисливи и дешавају се, води повреди права на

¹⁸⁴ У том смислу и *Трива*, Есеј о отвореном правосуђењу, 209 (210); *Трива/Белајец/Дика*⁶, 118.

¹⁸⁵ То је једна од кључних тачака *Тривиног* учења о отвореном правосуђењу.

¹⁸⁶ Репрезентативно *Leipold* in: Stein/Jonas, ZPO²², vor § 128 Rn. 15. То је с друге стране такође основна мисао *Тривине* концепције отвореног правосуђења, в. *Трива*, Есеј о отвореном правосуђењу, 209 (210 и след.); *Трива/Белајец/Дика*⁶, 118 и след.; *Трива/Дика*⁷, 151 и след.

¹⁸⁷ *Leipold* in: Stein/Jonas, ZPO²², vor § 128 Rn. 15; *Rauscher* in: MünchKommZPO³, Einl. Rn. 211. У том смислу и *Трива/Белајец/Дика*⁶, 118 и след.

саслушање у уставноправном смислу. Оно отвара врата и чак охрабрује доношење пресуда изненађења.

в) Забрана пресуде изненађења

Развијена немачка и аустријска доктрина, а према наводима *Галича* и словеначка,¹⁸⁸ саодговорност суда за идеално чињенично стање везује за право на саслушање у смислу забране пресуде изненађења.¹⁸⁹ Као што је речено, и у југословенској теорији је било присутно такво схватање, које се међутим није прихватило, а данас је код нас оно заборављено.¹⁹⁰ Овде је потребно само да се покаже да и у данашњем домаћем правном поретку постоји забрана пресуде изненађења на уставноправном нивоу и да је у том смислу активност суда уставноправно загарантована. То је онда и додатни аргумент у прилог тези о ублаженом расправном начелу.

Пресуда изненађења је заснивање пресуде на чињеничним или правним елементима спора који су непознати странци. Највећи број таквих пресуда су пресуде на основу терета тврдње, или на основу субјективног терета доказивања. У томе се показује опет значај интеракције правила расправног начела и принципа *iura novit curia*. Странка је имала другачију правну перцепцију спора од суда, и зато и није постављала тврдње или предлагала доказе. Уколико суд уопште не укаже странкама на своје правно виђење, односно што је много важније, не укаже им да спрам његовог правног виђења постоји дефицит процесног материјала, већ управо донесе пресуду механизмом превазилажења дефицита (терет тврдње и терет доказивања), странке су заскочене, изненађене. Иако су оне имале формално право на саслушање – јер су могле да износе чињенице и предлажу доказе – њима је ипак на тај начин повређено суштинско (ефективно, делотворно) право на саслушање. Мало користи странци њено формално право на саслушање уколико суд има другачију правну перцепцију, и због тога је њено изношење процесног материјала непотпуно. У таквим случајевима је то „пуцањ у празно“,¹⁹¹ или како *Трива* то истиче „борба за своја права на погрешном колосеку“,¹⁹² што странке сазнају тек из пресуде. Због дивергентне правне оцене спора странка није била у стању да се изјасни о чињеничним аспектима спора који су битни. То, дакле, није само неправично наметање терета и угрожавање ефективности расправног начела, или спутавање доношења исправне пресуде, већ је то питање обезбеђивања уставноправне гаранције да странке морају бити прави субјекти поступка који ће моћи да се изјасне о ономе од чега зависи пресуђење о њиховим правима, а не у резултату само пуки објекат поступка.¹⁹³ На основу тога је дужност суда да у таквом

¹⁸⁸ ЗбоЗГ 56 (2006), 479 (488 и след.).

¹⁸⁹ За немачко схватање в. горе § 9 VI 4, за аустријско горе § 12 V 3.

¹⁹⁰ В. горе § 17 IV 3.

¹⁹¹ Уп. *Laumen*, 252

¹⁹² *Трива*, Есеј о отвореном правосуђењу, 209 (211).

¹⁹³ У том смислу *Laumen*, 118 и след., 251 и след., с позвом на њега и *Галич* ЗбоЗГ 56 (2006), 479 (490).

случају укаже странци на дефицит процесног материјала, па и у форми указивања на његову правну оцену спора, обезбеђивање права на саслушање. Како у данашњем правном поретку право на саслушање има уставноправни ранг, забрана пресуде изненађења је уставноправни захтев. У практичном смислу то значи да УС може да по уставној жалби касира такву одлуку. Супротно схватање и негирање оваквог става би тешко могло да се оправда. Захтев за делотворним правом на саслушање, који произилази и из постулата правне и социјалне државе, не може се остварити уколико је странка одговорна за нешто што је ван њене сфере одговорности. Пошто је примена права одговорности суда, тиме и квалификовање релевантности процесног материјала, тотално пребацивање одговорности за прикупљање процесног материјала на странке управо доводи до свођења странака на објекат поступка. Оне због принципа *iura novit curia* долазе у ситуацију да немају право да се изјасне о одлучним аспектима спора, те стога и не могу да утичу на пресуђење, што је смисао права на саслушање. Према томе, у српском правном поретку постоји уставноправна забрана пресуде изненађења, јер она крши право на саслушање. Утолико је дужност суда да укаже странци на дивергентно правно схватање, и у складу са тим на дефиците процесног материјала, уставноправни захтев. То има двоструки значај за концепцију ублаженог расправног начела. С једне стране је саодговорност суда загарантована, а с друге стране је саодговорност суда преко уставноправних захтева свакако у складу са обезбеђивањем ефективног права на саслушање.

Оно што остаје као спорно јесте конкретизација параметара на основу којих постоји повреда уставног права на саслушање. Поставља се питање да ли је у сваком случају дивергентне правне оцене суда од страначке његова реакција уставноправно загарантована, или је то резервисано за посебне случајеве. Другим речима, да ли је дужност питања на општем нивоу *уставноправно* загарантована, или је ограничена додатним параметрима. Као што је већ речено, у немачкој доктрини која је и изнедрила сам концепт забране пресуде изненађења, владајуће је схватање да повреда уставног права на саслушање постоји само онда када је правна оцена суда изненађење за савесну и вешту странку, која и поред узимања у обзир различитих правних схватања није на њу могла да рачуна.¹⁹⁴ Дакле, дужност питања није у потпуности уставноправно загарантована, већ зависи пре свега од конкретног случаја: конкретне странке и „мере изненађења“. Ту пре свега долази до разликовања неуке странке и оне која је заступана путем адвоката. Праг повреде права на саслушање је сигурно нижи када странка нема адвоката, или има не нарочито квалификованог, од случаја када је пуномоћник адвокат „добро образован“. ¹⁹⁵ Супротно, мањина у немачкој доктрини заступа став да свака пресуда изненађења – без обзира на питање брижљивости странке у погледу самосталног истраживања правне оцене свог спора – представља уједно и повреду права на саслушање.¹⁹⁶ *Галич* 2006. г. наводи и да је то схватање дела словеначке доктрине,

¹⁹⁴ В. горе § 9 VI 4.

¹⁹⁵ *Stürner*, Richterliche Aufklärung, Rn. 42; *ders.* in: FS Baur, 647 (655).

¹⁹⁶ Тако *Laumen*, 116 и след.

као и тамошњег *Уставног суда*. Питање је од изузетног значаја за домаће стање, јер *УС* показује тенденцију да готово сваку погрешну примену тзв. обичног права, овде процесног, подведе под кршење права на правично суђење. Аргументација *Галича* у прилог владајућем схватању немачке доктрине, осим због решења овог питања, је важна и због схватања питања одговорности странака уопште. Наиме, тотална саодговорност суда и на уставноправном нивоу би деловала дестимулативно на саме странке, јер оне не би самостално припремале свој спор. Исто тако, не може се дестимулативно утицати на одговорност пуномоћника адвоката, јер би се у супротном награђивао и његов немар, који се ипак санира кроз дужност упућивања,. Наиме, уколико суд у једној ситуацији где је очигледно да просечан адвокат треба да зна правну оцену (нпр. да на тужиоца пада терет доказивања за постојање и висину нематеријалне штете, па да следствено томе треба да предложи вештачење) не би испунио своју дужност питања, и спрам дефицита пресудио, заиста би се радило о битној повреди. Али, нема стварног разлога да се она уздигне и на уставноправни ниво.

Невезано за ово питање, јасно је да идеја о расправном начелу отвара врата пресудама изненађења и кршењу права на саслушање. Према томе, чак и да се негира општа судијска дужност питања, као заповест из ЗПП, схватање о расправном начелу мора да призна постојање саодговорности суда онда када прети пресуда изненађења. Ублажено расправно начело међутим постоји, и у том смислу постоји општа саодговорност суда, која иде преко уставноправне забране пресуда изненађења. Међутим, због уређења саодговорности суда у ЗПП, праг пресуда изненађења се снижава. Наиме, већ на припремном рочишту суд треба да „утврди првна питања која ће се расправљати“ (чл. 308 ст. 2), што, како је речено, није ништа друго до успостављање дужности изношења правне оцене спора. Било које одступање од дате правне оцене које захтева допуну процесног материјала мора бити праћено и сходним питањима суда. Еклатантан пример пресуде изненађења је управо стварање уверења код странака да се ради о једној правној оцени, и касније напуштање такве оцене без обавештавања странака ради допуне процесног материјала.¹⁹⁷ Поуздање у радње суда и немогућност сношења одговорности због тога је смисао правичног поступка, јер он подразумева да судија не изводи штетне последице по странке због сопствених грешака или пропуштања, тј. због оних које се њему приписују.¹⁹⁸ Према томе, када год суд види да је сам погрешио и да није добро оценио спор, и да због тога постоји дефицит процесног материјала, он мора да укаже странкама на то, без обзира да ли се ради о неукој странци или адвокату као пуномоћнику. И адвокат се исто тако поуздава у правну оцену суда, јер је она једина релевантна. У супротном, то би значило да странке из предострожности, и

¹⁹⁷ *Leipold* in: Stein/Jonas, ZPO²², vor § 128 Rn. 75, § 139 Rn. 123; *Laumen*, 117; *Галич* ЗбоЗГ 56 (2006), 479 (490/491); уп. *BVerfG* 1 BvR 622/98 NJW 2004, 2149.

¹⁹⁸ *BVerfG* 1 BvR 669/87, 1 BvR 686/87, 1 BvR 687/87 BVerfGE 78, 123 (126) = NJW 1988, 2787; 2 BvR 2600/95 NJW 1996, 3202; 1 BvR 2194/97 NJW 1998, 2044; *Leipold* in: Stein/Jonas, ZPO²², vor § 128 Rn. 129; *Rauscher* in: MünchKommZPO³, Einl. Rn. 219; уп. *Rechberger/Simotta*⁷, Rz. 428: дужност је суда да обезбеди саслушање странака, као део корпуса начела „фер поступка“, где спада и дужност да расправља са странкама о свим аспектима спора (§ 182a aГрпп).

поред тога што је суд утврдио која су правна питања битна, треба да износе процесни материјал који спрам тога уопште није релевантан.

г) Закључак

На основу излагања у погледу односа ублаженог расправног начела и права на саслушање може се закључити следеће. С једне стране је саодговорност суда уставноправно загарантована, што су случајеви када пасивност суда представља пресуду изненађења за странку. У том смислу је дужност питања као неодвојиви део ублаженог расправног начела уставноправни захтев. С друге стране, чак и када пасивност суда не представља пресуду изненађења у уставноправном смислу, она није у складу са смислом права на саслушање. У овом смислу ублажено расправно начело доприноси ефективном праву на саслушање. Схватање о чистом расправном начелу не удовољава нити уставноправним захтевима, нити је доприноси ефективном праву на саслушање. Оно је управо окренуто против њега, и као што је речено, у таквој концепцији кршење овог основог људског права лебди у ваздуху и константно прети.

Б. Право на непристрасан суд, односно равноправност странака и ублажено расправно начело

Принцип непристрасности или неутралности суда је без сумње неупитан постулат било ког судског поступка. Данас је он неодвојиви део права на правично суђење, па је и право на непристрасан суд основно људско право. Оно подразумева да у поступку одлучују судије у чију неутралност и непристрасност постоји неповерење.¹⁹⁹ Ради се о неповерењу странке – њеном субјективном осећају – које постоји спрам објективних и разумних разлога.²⁰⁰ То је свакако одређена веза са супротном странком, али то може бити и конкретно вођење поступка у коме се манифестује сумња у пристрасност.

Чини се да је данас у домаћој стручној јавности највећи проблем разумевања судијске саодговорности кроз дужност питања релација са принципом неутралности. Узима се да је захтев за непристрасности судије противуречан са испуњавањем дужности питања.²⁰¹ Јер, оно заиста и јесте помагање једној странци. То произилази из самог смисла ове активности у амбијенту терета тврдње, терета изјашњења и субјективног терета доказивања. Но, немачки и аустријски системи,

¹⁹⁹ Уп. *Rosenberg/Schwab/Gottwald*¹⁷, § 24 Rn. 10.

²⁰⁰ Владајуће схватање у немачкој и аустријској доктрини и пракси; уместо свих *Vollkommer* in: *Zöller*, ZPO²⁶, § 42 Rn. 9; *Mayr* in: *Rechberger*, ZPO³, § 19 JN Rn. 4; исто и у домаћој доктрини *Јакшић*⁶, т. 389.

²⁰¹ Тако за стање ЗПП 76 *М. Милошевић* и више него репрезентативно изражава ову мисао. Истиче да систем ЗПП 76 није одговарајући спрам принципа равноправности странака и објективности суђења, јер расправно начело није у потпуности остварено, а један од показатеља тога је постојање дужности питања; констатује да је за обезбеђивање објективности потребно доследно расправно начело, које подразумева да само странке прикупљају процесни материјал, без било какве интервенције суда у корист једне или друге; *М. Милошевић* Информатор ДСС 2/2004, 17 (18 и след.).

који колико се може закључити из литературе и судске праксе, функционишу са општом дужности упућивања без потреса у смислу довођења у питање неутралности судије. Аргументација је више него примењива и на српски парнични поступак.

Пре свега, дужност питања је општа у смислу странака. И тужиоцу и туженом следује помоћ, а повод за њу је конкретан случај дефицита процесног материјала. Уопште није незамисливо да у једном поступку суд упућује обе странке. Према томе, тиме се не доводи у питање његова пристрасност, јер је тешко замисливо да једна странка у томе види околности које доводе у сумњу непристрасност. С друге стране, уколико постоји прописана дужност питања (чл. 305 ст. 2, 313 ЗПП), онда је то свесна одлука законодавца да је то и у складу са захтевом за непристрасношћу, који је исто тако прописан (чл. 66 ЗПП), а поврх тога је то уставноправно обавеза обликовања поступка (чл. 32 ст. 1 Устава). Према томе, испуњавање једне законске дужности не може да представља уједно и разлог за изузеће, односно то није уједно и атак на право на непристрасан суд. Друго је питање кршења дужности питања у смислу поучавања странака онда када нема повода за то. Исто тако, и питање конкретног начина упућивања које је иначе потребно. Све то не дира у принципијелну непротивуречност ублаженог расправног начела и права на непристрасан суд. Да је супротно, онда би сваки парнични поступак у којем важи истражно начело (породичноправни спорови) био у супротности са темељним уставноправним постулатом и људским правом. Уз то, како би онда могло да се објасни поучавање странака, па и ако су заступане адвокатима, о нпр. последицама пропуштања рочишта?²⁰² На крају, при постојању опште дужности питања, што је случај и са ЗПП, њено несипуњење управо може, наравно у садејству других околности, да представља основ за изузеће. Наиме, може се десити да се тиме ствара несигурност код странке, јер кроз неиспуњење једне законске дужности од стране суда она види његову пристрасност и хтеће да противник успе у спору.

Идеја о противуречности ублаженог расправног начела и права на непристрасан суд је само враћање у идејне оквире данас напуштеног схватања о парници као ратном пољу, у коме се мора обезбедити да успе она странка која се избори за победу. Свака помоћ суда која утиче на резултат парнице – а то је свакако дужност питања, јер се тиме избегава губитак спора због дефицита процесног материјала – је урушавање такве замисли. Опет, то је сасвим у складу са схватањем поступка у којем су странке искључиво одговорне, јер „право је писано за одрасле“. О немогућности прихватања таквог схватања у данашњој Републици Србији је већ речено, а исто тако је показано да је оно давно превладано у упоредноправним узорима, па чак и светским размерама.

²⁰² У том смислу је и судска пракса негирала наступање негативних последица уколико је изостало поучавање, па и самих адвоката; тако *ОкС ВА ИСП 12/2008-92*; уп. *ВСС Рев 1186/06 Билтен ОкС БГ 74 (2006)*, 103 и след., који не спомиње никакву разлику у смислу заступања странке адвокатом.

§ 22 Терет тврдње

I. Постојање субјективног терета тврдње у систему ЗПП?

Чисто теоријска подела субјективног и објективног терета тврдње, која има своје корене у доктрини општег права, сматра се да за данашњи српски али и ранији југословенски није од значаја. Већ рецепцијом аустријског права, али и доктрине у којој је питање субјективног терета тврдње негирано (пре свих *Полак*), формиран је став да он не постоји у Грпп. Такво схватање је преузето и код оног дела теорије из времена ЗПП 56/76 који је изричито, макар не до краја и у потпуности, признавао терет тврдње као позитивноправни институт. На крају, и данашња доминантна доктрина следи такав курс, па се негира субјективни терет тврдње, а као аргументација се наводе чл. 7 ст. 1 и 2, 8, 229 ст. 1.¹ У том смислу важи правило да није битно која је од странака поставила тврдњу, односно да није битно да је управо то учинила странка која сноси терет тврдње; битно је да је чињеница унета у поступак.

Принципијелно у ЗПП нема изричитог ослоња за став да постоји субјективни терет тврдње у класичном смислу, већ постоје супротно (парцијалне) потврде за његово негирање. То је пример са неконклузивном тужбом због навођења тврдњи за које тужилац не сноси терет. У случају да тужени не да одговор на тужбу неће се донети пресуда због пропуштања.

Међутим, ствар није толико једноставна, јер управо наведени пример показује да се код непостојања субјективног терета тврдње увек мисли на признање тврдњи, тј. антиципирано признање; јер, пропуштање одговора на тужбу има значај прећутног признања. Прави проблем се јавља управо у случају да постоји антиципирано признање, али да до његовог коначног дејства не дође, јер странка која има терет тврдње не преузме наводе противника, већ их штавише оспори. Ради се, дакле, о већ постојећем проблему из немачког права. У таквом случају се поставља питање: Да ли треба сматрати да је и ова чињеница оспорена, па постоји потреба за доказивањем, или треба узети да је тиме странка која има терет тврдње заправо навела да чињеница која јој иде у прилог не постоји, па да следствено томе треба узети без доказивања да она не постоји? За прву алтернативу би говорио општи аргумент – све што је спорно има се доказивати. Међутим, овде долази до компликација, јер се поставља питање шта је доказна тема? По општима правилима то је тврдња о чињеницима – дакле оно што наводи странка којој такве чињенице иду у прилог. Стога би то значило да се доказује нешто што, када би и доказ успео, не иде у прилог странци која сноси терет тврдње и доказивања. На то се надовезује и значајнији проблем концепцијске природе. Став о потреби доказивања у овом

¹ *Јакић*⁶, т. 592 и след.; за ЗПП 04 *Познић/Ракић-Водинелић*¹⁶, т. 555.

случају је потенцијално противан идеји ублаженог расправног начела и вредновању слободе и одговорности странака. У немачкој доминантној доктрини која акцентује наведене вредности се ова хипотеза истиче као неприхватљиво титорство над странкама и успостављање забране процесног самоповређивања; радило би се о принуди да странка противно својој вољи успе у спору.²

Излазак из кризне ситуације би могао да се пронађе упрво у смислу ублаженог расправног начела. Наиме, чини се да воља странке која сноси терет тврдње и којој иде у прилог навод противника треба да буде пресудна. Заиста би се тешко могао прихватити резултат у виду принуде странке да успе у спору. Но, управо због тога треба релативизовати речено. Најчешће таква странка и не зна да јој навод противника иде у прилог, јер једноставно и не препознаје правну релевантност у том смеру. С обзиром да суд има општу дужност питања, требало би предочити странци о правом значају онога што она оспорава. Тек ако након тога она инсистира на оспоравању, треба узети да је то њена воља и следствено томе пресудити против ње.

Стога за схватање да не постоји субјективан терет тврдње у ЗПП треба прићи са резервом, јер наведена дилема поставља озбиљна питања која наводе на преиспитивање раније заузетих ставова.

У сваком случају, с обзиром на реткост ситуације када странка оспорава нешто што јој иде у прилог, објективни терет тврдње је много значајнији и следом реченог има много значајнију улогу у поступку. Он представља метод превазилажења дефицита тврдњи и омогућава мериторно пресуђење. Као што је више пута поновљено, он даје одговор на питање како пресудити у случају да није изнета тврдња о правнорелевантној чињеници која спрам стања ствари провоцира примену једне норме.

II. Расподела објективног терета тврдње

1. Опште правило: аналогија са чл. 231 ст. 2 и 3 ЗПП

У ЗПП 04 је била изричито регулисана расподела терета доказивања на начин који номинално одговара *Розенберговој* теорији норме. Иста одредба је нашла своје место и у ЗПП. Међутим, расподела терета тврдње није изричито регулисана, односно уколико се узме да је она регулисана у чл. 228 ЗПП, свакако није прецизно. Одређење да је странка дужна да изнесе чињенице на којим заснива свој захтев још ништа не говори, јер је сувише уопштена.

У излагању о систему ЗПП 76 је наведено да је *Познић* заступао схватање о (принципијелном) идентитету правила о расподели терета тврдње и терета доказивања. Како је речено, он је прихватио *Розенбергову* теорију норме, која је и његовом заслугом за питање терета доказивања нашла своје место у ЗПП 04, што је

² У том смислу *Leipold* in: *Stein/Jonas*, ZPO²², vor § 128 Rn. 157, што у потпуности преузима *BGH V ZR 125/88 NJW 1989, 2756 = ZZP 103 (1990), 218 (Musielak)*; в. § 9 II А.

ЗПП и преузео.³ Нема разлога да се данас, када је изричито регулисано опште правило о расподели терета доказивања, не прихвати исто и за расподелу терета тврдње. Ова два терета се принципијелно поклапају, и чини се немогућим њихово, опет принципијелно, раздвајање. Било би нелогично одредити да нпр. тужилац сноси терет изношења једне чињенице, и уједно одредити да он не сноси ризик недоказаности за исту чињеницу. Уз то, што је много важније од логике, не постоје стварни разлози за такво раздвајање. Према томе, расподела терета тврдње се врши аналогно чл. 231 ст. 2 и 3 ЗПП. Странка која истиче неко право сноси терет тврдњи чињеница на основу којих је право настало; странка која оспорава постојање права сноси терет тврдњи о чињеницама које су спречиле настанак права, односно које су довеле до престанка права. Краће, странка која истиче постојања права сноси терет тврдње за конститутивне чињенице, док странка која оспорава постојање права сноси терет тврдње за импедитивне и екстинтивне чињенице.

Наведене врсте чињеница су суштина теорије норме и као појмови су одавно етаблирани у системима где је она прихваћена. То се не може рећи за наш систем, у којем су већ 10 година оне позитивноправни појмови. Наиме, иако се од ЗПП 04 због укидања овлашћења и дужности суда да изводи доказе по сл. дужности доноси велик број пресуда на основу терета доказивања, што је била и интенција напуштања „начела материјалне истине“, до данас у пракси нема нити једне пресуде која се позабавила самим схватањем поделе чињеница на конститутивне, импедитивне и екстинтивне. Колико се може видети из објављених одлука, ревизијски суд (*ВСС*, а потом *ВКС*) не дефинише правнорелевантне чињенице у том кључу, што не чине ни нижестепени судови. С друге стране, у литератури се скромно овоме поклања пажња.⁴ Због тога се чини неопходним да се подробније изложи прави садржај чл. 231 ст. 2 и 3 ЗПП.

2. Разликовање конститутивних, импедитивних и екстинтивних чињеница

А. Оријетација према мериторним нормама, а не према страначкој улози

Расподела терета тврдње спрам теорије норме, тј. самог ЗПП, не тиче се страначких улога, већ је она у чистом материјалноправном кључу одређена. Не говори се да тужилац сноси терет тврдњи за конститутивне чињенице, већ такав терет сноси она странка која истиче постојање права. Такво одређење је нужност парничног поступка у којем су могуће и негативне утврђујуће тужбе. Њима се тражи утврђење непостојања једног права или правног односа, па спрам тога тужилац овде истиче непостојање права.

Оријентир за расподелу терета тврдње и за схватање теорије норме је тужбени предлог и спрам тога правна претензија странака. Уколико се у тужби истиче кондемнаторни тужбени предлог, тиме тужилац истиче постојање једног

³ Уп. *Познић* ПЖ 1-2/1996, 67 (76), где он изричито предлаже усвајање решења теорије норме.

⁴ У цивилистици се чак и не спомиње изричито законско уређење опште расподеле терета доказивања из ЗПП, иако се традиционално излаже та материја; о томе уп. *М. Кнежевић* ЗбоНС XLVII/4 (2013), 353 (365 и след.).

права – материјалноправног захтева. Стога он сноси терет тврдњи за конститутивне чињенице материјалноправног захтева. Тужени, уколико оспорава тужбени предлог, сноси терет тврдњи које су импедитивне или екстинтивне у погледу таквог захтева, јер тужени оспорава постојање права. *Mutatis mutandis* то важи и за преображајне и позитивне утврђујуће тужбе. У случају негативних утврђујућих тужби, како је речено, тужилац заправо оспорава постојање једног права, па зато и он сноси терет тврдње за импедитивне и екстинтивне чињенице таквог права, и обрнуто тужени сноси терет тврдње за конститутивне чињенице.

У сваком случају расподела терета тврдње нема никакве везе са питањем позитивних или негативних чињеница. Правило о немогућности доказивања негативних чињеница, следствено томе и постојању терета доказивања за њих, не постоји. У том смислу није ни исправно схватање дела домаће цивилистике по којем у парничном поступку постоји расподела терета доказивања, тиме и терета тврдње, по правилу „ко тврди има и да докаже“. Сваки навод странке је тврдња у логичком смислу, али спрам расподеле терета тврдње и доказивања, само један је навод тврдња, а други је оспоравање.

Б. Материјалноправно разликовање конститутивних и екстинтивних чињеница

Разликовање конститутивних и екстинтивних чињеница је могуће већ према њиховом материјалноправном дејству. Конститутивне чињенице се односе на настанак једног права, па се не без разлога означавају као правнопроизводне чињенице. Оне доводе до стварања једне правне последице која до сада није постојала.⁵ Као такве оне се јасно разликују од екстинтивних чињеница, јер на основу њих једно постојеће право престаје да постоји. Дакле, за екстинтивне чињенице је битно да претпостављају да је једно право постојало – постојале су конститутивне чињенице – и да њиховим наступањем престаје такво право.

Уз наведено материјалноправно разликовање, постоји и оно које је фактичко и последица је тога. Наведене врсте чињеница наступају у различитим временским тренуцима. Јер, да би једна чињеница довела до престанка права, потребно је да је претходно наступила чињеница која је довела до његовог настанка.

В. Квалификација импедитивних чињеница

Засигурно је највећи проблем теорије норме разликовање конститутивних и импедитивних чињеница. Само одређење да се ради о чињеницама на основу којих је право *настало*, односно које су *спречиле настанак* права говори да се не може већ на временском плану извршити раздвајање, као што је то случај за екстинтивне чињенице.

У делу који се односио на немачки поступак је укратко изложено како схватање *Розенберга*, тако схватање његових критичара који су релативизовали

⁵ *Leipold, Beweislastregeln*, 36.

теорију норме, тј. модификовали је.⁶ Треба само поновити да на материјалноправном плану разлике нема између конститутивних и импедитивних чињеница. Једна правна последица наступа само онда када су испуњени сви предвиђени елементи диспозиције норме, односно обратно: не наступа ако није испуњен макар један од њих. Важно је напоменути да то важи чак и када је материјалноправни пропис редигован тако да се говори или о терету доказивања, или о претпоставци која се може оборити доказом о противном. Примера ради, захтева за накнаду штете из чл. 154 ЗОО настаје само ако је штетник крив. Одређење да штетник неће бити дужан да надокнади штету ако докаже да није крив је само расподела терета тврдње и доказивања за питање чињенице које се односе на кривицу. Ово ни није претпоставка, већ је само одређење да је изостанак кривице импедитивна чињеница. У супротном, уколико би се инсистирало на томе да материјалноправни захтев не настаје ако се не докаже да нема кривице, то би значило ништа друго до негирање самосталности материјалног права и његово искључиво процесно поимање. Напротив, материјалноправне последице, а нарочито субјективна права настају ван поступка и независно од њега, и то само онда када наступе чињенице које доводе до тога.

Импедитивне чињенице јесу изузеци, и то само у контексту расподеле терета тврдње (и доказивања). Према општем правилу странка која истиче постојање права требало би да има терет тврдње за све чињенице од којих зависи настанак права. Како су и импедитивне чињенице по својој материјалноправној природи заправо конститутивне, оне су изузетак од правила да процесни ризик има странка која истиче право.⁷ Према томе, сходно *Лајполдовом* резултату опште правило расподеле терета тврдње и доказивања гласи: ко истиче постојање једне правне последице сноси терет тврдње и доказивања конститутивних чињеница, осим ако терет тврдње и доказивања за изостанак таквих чињеница не сноси противник на основу посебне норме. То би требало прихватити и као прави значај чл. 231 ст. 2 и 3 ЗПП. Потребно је само да се на крају демистификује „посебна норма“ која представља изузетак. То, наиме, није само изричита норма која ће спомињати терет доказивања, већ су то у највећем броју случајева „скраћене норме о терету тврдње и доказивања“ у виду конструкције норме. Другим речима, начелно важи *Розенбергово* учење. Норме терета тврдње и доказивања у виду изузетака према учењу модификоване теорије норме као такве већ видљиве из редакције материјалноправних норми. Оне се спомињу као један изузетак и то у препознатљивим кованицама – „осим ако“, „изузев“, и сл.; исто ако се предвиђа ненаступање правне последице у одредби долази након општег одређења када она наступа. Таква редакција норми је само скраћени начин регулисања расподеле терета тврдње и доказивања. Но, и поред постојања једне типичне конструкције норме из које се види импедитивна чињеница, могућ је и другачији став. То ће бити случај када спрам вредновања материјалног права он води неприхватљивим резултатима, када долази у обзир

⁶ В. горе § 9 П Б.

⁷ То је кључни резултат *Лајполдове* критике *Розенберга* у погледу природе импедитивних чињеница; уп. *Leipold, Beweislastregeln*, 43.

корективни механизам. Исто важи и у обратном смеру: један елемент диспозиције норме који је редигован на типичан начин за конститутивну чињеницу, може заправо имати импедитивни карактер. Пример за то у домаћем праву је расподела терета тврдње и доказивања за притивправност узнемиравања власника у случају негаторног захтева.⁸

Г. Српски проблем у контексту импедитивних чињеница

Поред наведене дискусије о појму импедитивних чињеница које су својствене немачком, па и аустријском праву, за домаће стање ствари је нешто друго много већи проблем. Наиме, схватање импедитивних чињеница у смислу учења о конструкцији норме може бити поуздано само у систему где су редактори материјалноправних прописа, пре свега системских закона, били свесни постојања општег правила о расподели терета тврдње и доказивања. Јер, редакција норми у форми предвиђања изузетака од наступања неке правне последице је само скраћени начин уређења питања расподеле терета, и ништа више.⁹ Управо је тако и изграђен цео немачки Грађански законик, јер је постојала потпуна свест о правилу расподеле терета и значају редакције норме.¹⁰ За српско право се овако нешто не може са сигурношћу рећи. Питање је да ли је југословенски законодавац тога био свестан, али и да ли је садашњи. Док се првом изостанак свести не би могао у потпуности ставити у кривицу, због тадашњег става према питању терета доказивања уопште, за другог се може и мора. Од 2004. г. појам импедитивних чињеница је изричито позитивноправно признат, тако да је било која грађанскоправна регулатива морала да води рачуна и о редакцији норми у контексту расподеле терета тврдње и доказивања. Друга алтернатива је да се уз свако субјективно право које се регулише дода по једна изричита норма о расподели терета, чиме би се међутим одредбе нагомилавале.¹¹ У том смислу свесни приступ расподели терета тврдње и доказивања кроз језичку редакцију норми је и својеврсна номотехничка економија,¹² која ипак претпоставља и да су сви они који ће се бавити овим нормама такође свесни значаја редакције. Из досадашњих објављених одлука се не види да су судови уопште препознали постојање импедитивних чињеница у форми изузетака као таквих.

⁸ Наиме, иако је норма редигована тако да питање противправности није импедитивна чињеница, нужно је да се изостанак противправности третира као таква. Опширније са аргументацијом *М. Кнежевић* ЗбоНС XLVIII/4 (2013), 353 (370 и след.).

⁹ Уп. *Leipold*, *Beweislastregeln*, 51 и след.; *Larenz*, *Methodenlehre*⁴, 242 и след.

¹⁰ Тако *v. Seuffert* ZZP 6 (1906), 104 (105/106) истиче да је при другом читању немачког Грађанског законика нарочита пажња поклоњена редакцији норми како би се из ње видела расподела терета доказивања; уп. *Leipold*, *Beweislastregeln*, 46, 51 и след.; *Musielak*, *Grundlagen der Beweislast*, 312 и след. *Розенберг* штавише поздравља приступ редактора у виду свесног и доследног обликовања норми у складу са потребама регулисања расподеле терета доказивања; *Rosenberg*, *Beweislast*⁴, 126.

¹¹ То на крају и није случај са новим материјалноправним прописима, барем не у целости.

¹² У том смислу *Leipold*, *Beweislastregeln*, 52.

III. Дужност супстанцираних тврдњи

У делу који се односи на систем ЗПП 56/76 је речено да је питање супстанцираности тврдњи било везано за забрану истраживачког доказивања. Дobar део литературе је резонувао да неће доћи до доказивања уколико уопште нема доказне теме, што претпоставља свакако и неодређену, несупстанцирану тврдњу. Исто тако, *Јухарт* је изричито напомињао да се дужност питања односи и на појашњавање неодређених тврдњи. Ипак, није се дошло до заокруженог концепта терета супстанцираних тврдњи у том смислу да се јасно одредило да оне као такве и нису процесноправно релевантне тврдње. С друге стране, у немачком и аустријском поступку, колико год се они разликовали поводом концепције важећег начела, чини се да је јединствено схватање да терет супстанцираних тврдњи постоји као додатни израз терета тврдње. На то се касније и надовезује питање забране истраживачког доказивања.

У ЗПП нема изричитог спомена терета супстанцираних тврдњи. Међутим, ослонаца за њега има. Пре свега, када се говори о терету тврдње у ЗПП, говори се о „дужности странке да изнесе *чињенице*“. Појам чињеница у процесноправном смислу је управо такав да подразумева да су оне одређене – то су искази о догађајима или унутрашњим стањима које су просторно и временски одређени. Стога би тврдња о чињеницама значила и тврдњу о конкретним чињеницама.

Много је значајније питање оправдања постојања терета супстанцираних тврдњи. Како је речено, у немачкој доктрини је то подробније размотрено. Смисао је да суд у сваком случају испитује правну релевантност тврдњи, пре него што уопште пређе на (потенцијално) доказивање. То има смисла, јер једна неодређена тврдња и не допушта испитивање њене конклузивности. Према томе, тако се и долази до појма супстанцираности тврдње, у смислу довољне конкретизације чињеница тако да је могућа примена материјалног права на њих. У противном, дошло би се до ситуације да се кроз доказивање показује да уопште и није било потребе за тим.

Примера ради, уколико би у спору ради опозива уговора о поклону због осиромашења поклонодавца била допуштена тврдња да је „тужилац осиромашео, јер му је смањена плата“, тада суд уопште и не би могао да испита конклузивност тужбе. За то је потребно додатно супстанцирање, у виду конкретног осиромашења, и то у односу на питање егзистенције тужиоца.

На ово се надовезује и интерес противника, јер једна несупстанцирана тврдња њему ништа не говори. Он ни не зна у погледу чега треба да се брани, или да призна. На крају, чак и да призна такву тврдњу, суд не може да примени материјално право на њу. Управо због тога није могуће донети пресуду због пропуштања у случају да се само означи износ претрпљене штете, без супстанцирања околности из којих произилази управо тај износ. Једноставно, судски силогизам је немогућ у случају неодређених елемената доње премисе.

С друге стране, и ЗПП кроз чл. 305 ст. 2 потврђује речено. Наиме, говори се изричито о дужност да суд тражи од странака да разјасне своје наводе. Уколико терет супстанцирања не постоји, онда је ова дужност излишна.

Последице несупстанцираних тврдњи су њихова ирелевантност; оне као и да нису постављене, што доводи до дефицита тврдњи. Управо због тога и постоји дужност суда да затражи разјашњење, тј. супстанцирање пре него што их не узме у обзир, и следствено томе не пресуди на основу терета тврдње.

Забрана истраживачког доказивања се само надовезује на концепт супстанцираног терета тврдњи. Циљ доказивања је провера истинитости спорне тврдње, али да би уопште дошло до тога, она мора да буде супстанцирана. Доказивање у друге сврхе – сазнавање новог процесног материјала – принципијелно је забрањено. То би значило да се смањује одговорност странака за припремање самог расправљања; странка не би морала сама да се помучи да ван парнице сазна околности за које иначе сноси терет тврдње, већ би могла да постави крајње неодређену тврдњу како би дошла до материјала за који је могла да сам сазна и без тога. Проблеми који долазе оваквим концептом у виду погоршавања позиције странака онда када оне и поред свог труда не могу да сазнају за процесни материјал, могу се превазићи прихватањем учења о секундарном терету тврдње, тј. дужност сарадње противника. Како је речено, овај концепт је успоставио немачки *СС*, и он битно ублажава ригидност расподеле терета тврдње спрам учења о теорији норме, што је код нас и законско правило. У ситуацијама када странка која сноси терет тврдње нема ближих сазнања о чињеницама, а оне се управо односе на радње противника, он има дужност да се изјасни о њима.

IV. Конкретизација објективног терета тврдње

1. Пресуде на основу терета тврдње

A. Појам и карактеристике

При постојању објективног терета доказивања чини се нужним појмовно уобличавање пресуде на основу терета тврдње. Ради се о пресуди чија је садржина последица дефицита тврдњи, и у том смислу она је пандан пресуди на основу терета доказивања. И једна и друга представљају одговоре на могуће постојање дефицита доње премисе, те се и једна и друга доносе применом норми које имају секундарни карактер. На крају, и једна и друга су свесно могуће материјалноправно неисправне, али то је само потенцијална карактеристика. Дакле, ради се о пресуди која се разликује од класичне контрадикторне пресуде у томе што она нема чињенично стање које је резултат процесноправно релевантног утврђења конкретних чињеница (доказивањем, признањем тврдњи, неоспоравањем и др.).

B. Врсте пресуда на основу терета тврдње

Пресуда на основу терета тврдње се спрам своје садржине – усвајање или одбијање тужбеног предлога – дели на две врсте: пресуда против тужиоца (тзв. пресуда због неконклузивности тужбе; нем. *Unschlüssigkeiturteil wegen Unvollständigkeit*) и пресуда против туженог (тзв. пресуда због ирелевантности

одбране услед непотпуности). Иако се обе доносе искључиво због дефицита тврдње, оне се ипак разликују по условима за њихово доношење. Такве разлике произилазе из просте чињенице да се у парници одлучује о основаности тужбеног предлога, као и из конкретних правила расподеле терета.

а) Пресуда због неконклузивности тужбе услед непотпуности тврдњи

Тужилац сноси терет тврдње за чињенице из којих произилази основаност тужбеног предлога. Тако речено правило још ништа не говори, јер се не доводи у везу са правилима о дистрибуцији терета тврдње. Стога је прецизније и правилније рећи да тужилац сноси терет тврдње за чињенице, за које спрам своје позиције (истицање права или оспоравање права) сноси терет тврдње. У највећем броју случајева, с обзиром да су негативне утврђујуће тужбе искуствено у мањини, тужилац сноси терет тврдње за конститутивне чињенице права које истиче. Тај комплекс чињеница је тзв. минимално чињенично стање (нем. *Mindesttatbestand*), јер да би се уопште усвојио тужбени предлог, оне морају да буду утврђене, што при важењу ублаженог расправног начела значи да морају претходно да буду наведене.¹³ Без таквих чињеница није могућа примена односне норме. Минимално чињенично стање није ништа друго до много чешће коришћен термин у германској доктрини и пракси, а доста скромније у овом контексту у домаћој – конклузивност тужбе.

Конклузивност тужбе не подразумева само да је у њој наведено минимално стање ствари, већ да је она у моменту закључења главне расправе у том смислу конклузивна. Стога, дефицит тврдње која се односи на минимално чињенично стање подразумева неконклузивност тужбе због њене непотпуности у моменту пресуђења. Суд у тој ситуацији не може уопште да закључи да ли би, све и да су истините друге наведене чињенице, тужбени предлог био основан, јер му недостаје навод о чињеници од које зависи примена норме. Овај дефицит тврдње се решава сходно механизму терета тврдње тако што се узима као да није испуњен елемент диспозиције норме у погледу којег недостаје конкретан чињенични навод. Другим речима, учење о минималном чињеничном стању је директна последица постојеће расподеле терета тврдње и разликовања у том смислу конститутивних, импедитивних и екстинтивних чињеница.¹⁴

Примери из домаће праксе то показују, иако понављамо да судови нису препознали терет тврдње, већ су пресуде доносили погрешно на основу терета доказивања. Ради се о регресним парницама против адвоката, у којим тужилац наводи одређено пропуштање туженог који га је заступао у спору (неоправдани изостанак;¹⁵ неизјављивање ревизије¹⁶), али не наводи да би успео у спору да није било пропуштања туженог. Ради се свакако о изостанку чињеница које се односе на узрочно-последичну везу између пропуштања туженог и штете чију накнаду тужилац тражи. Овде је минимално чињенично стање које треба да се наведе како би

¹³ Уп. *Prütting* in: *MünchKommZPO*³, § 286 Rn. 114.

¹⁴ Уп. *Prütting* in: *MünchKommZPO*³, § 286 Rn. 114.

¹⁵ *ОкС ВА ИСП 12/2009-69*.

¹⁶ *ОкС НС Билтен ОкС НС 12-2007-53*.

тужба била у том смислу конклузивна опредељено у чл. 154 ЗОО: радња штетника, настанак штете и узрочно-последична веза између радње и штете. Суд не може да примени нити позитивно нити негативно цитирану норму, јер не може никако да утврди чињенице из којих би произишло да постоји или не постоји узрочно-последична веза. Како тужилац сноси терет тврдње чињеница које се односе на овај елемент диспозиције норме, има се узети као да није испуњен.

Учење о минималном чињеничном стању је при постојећој расподели терета тврдње неизоставно у систему ЗПП и има своје практичне последице. Пре свега, да је оно фундирано у ЗПП, показује конструкција пресуде због пропуштања. Услов за њено доношење је, између осталог, и конклузивност тужбе. Одавно се она дефинише за овај случај тако да је неопходно пре свега да су изнете све чињенице за које тужилац сноси терет тврдње, а да изостанак неких чини тужбу неконклузивном и спречава доношење пресуде због пропуштања.¹⁷ Овде је важно истаћи и нагласити, да конклузивност подразумева само навођење чињеница у погледу којих тужилац сноси терет тврдње. Како је речено, редовно су то конститутивне чињенице, што негативно гледано значи да тужилац није дужан да зарад конклузивности тужбе и испуњења свог терета наведе и да *не постоје* импедитивне и/или екстинтивне чињенице.¹⁸

У спору раду враћања ствари где је правни основ спрам стања реивиндикациони захтев, тужба је конклузивна уколико су наведене чињенице из којих произилази да је тужилац власник ствари и уколико је наведено да тужени држи ствар (конститутивне чињенице реивиндикационог захтева), а није потребно да тужилац наведе да тужени нема право да држи ствар (импедитивна чињеница реивиндикационог захтева).

Практична последица учења о конклузивности је та да се она испитује одмах, на првом месту, без обзира шта је навео тужени у погледу чињеница за које он сноси терет тврдње. Уколико постоји дефицит тврдње који се односи на минимално чињенично стање доноси се пресуда због неконклузивности не узимајући у обзир наводе туженог. За такво нешто и нема никакве потребе, јер да би се уопште потенцијално могао усвојити тужбени предлог, неопходно је да су постављене тврдње за које тужилац сноси терет. Исто тако, иако је тужени оспорио наводе тужиоца, неће се уопште изводити доказивање, иако апстрактно постоји потреба за тиме, јер су чињенице спорне. Оне су ирелевантне, јер све и да су тврдње тужиоца истините, опет се не може применити норма због дефицита других тврдњи.

б) Пресуда против туженог на основу терета тврдње

Због саме логике парничног поступка пресуда против туженог на основу терета тврдње се разликује од одговарајуће пресуде против тужиоца. Наиме, терет тврдње туженог је по природи ствари у одређеном смислу секундаран. Он постаје

¹⁷ Далеко највећи број контумационих пресуда укинутих по правним лековима (жалба или ревизија) је из разлога неконклузивности услед непотпуности.

¹⁸ У том смислу *Rosenberg, Beweislast*⁴, 153: странка мора да изнесе потпуно минимално чињенично стање, али с друге стране, и ништа више.

релевантан тек онда када је тужилац удовољио свом терету и када је тужба конклузивна. До тада околност да тужени није у потпуности изнео импедитивне или екстинтивне чињенице не игра никакву улогу. Међутим, чак ни тада неће доћи до директног значаја терета тврдње туженог. Он постаје актуелан тек онда када је заиста утврђено да је спрам минималног чињеничног стања тужба основана. Дакле, све док се не утврде такве чињенице – јер оне су можда и спорне – терет тврдње туженог још не игра улогу.

Одбрана туженог је небитна све док је тужба неконклузивна, јер да би се уопште могло одлучивати о основаности тужбеног предлога мора се доћи до тога да је уопште могуће утврђење минималног чињеничног стања.

Када је утврђено минимално чињенично стање, и то на начин који говори да је тужбени предлог основан, тек онда се поставља питање терета тврдње туженог у смислу могућности доношења пресуде на основу терета тврдње. У случају да тужени уопште не наведе никакве тврдње о чињеницама за које сноси терет, нити спрам навода тужиоца произилази примена „повољних норми“ по њега, онда уопште неће ни доћи до пресуде на основу терета тврдње. Суд према стању ствари, а то су наводи странака, уопште нема повода да примењује норме које су повољне за туженог. То произилази из самог принципа *iura novit curia* и положаја туженог.

У том смислу било би апсурдно, а и немогуће, да суд усвајајући тужбени предлог ради исплате потраживања, у спору у којем се уопште ништа није спомињало у погледу престанка дуга, констатује да тужени није навео нити једну чињеницу из које би произилазило да је дуг престао (нпр. испуњењем, компензацијом, опростом дуга, променом дужника итд.).

Дакле, питање објективног терета тврдње туженог постаје актуелно тек када спрам стања ствари долази у обзир примена норме која прописује правну последицу која иде у прилог туженом. С обзиром на много мањи број негативних утврђујућих тужби, дефицит тврдње који погађа негативно туженог се редовно појављује као непотпуност тврдњи у погледу импедитивних и екстинтивних чињеница, или чињеница приговора. Неке конкретне чињенице су изнете, али спрам елемената диспозиције екстинтивних или импедитивних норми, односно норми приговора, оне нису довољне за њихову примену. Само у тој хипотези, уз претходну да је утврђено минимално чињенично стање тужбе, доноси се пресуда против туженог на основу терета тврдње, коју можемо да назовемо пресуда због непотпуности одбране.

В. Правноснажност пресуда на основу терета тврдње

а) Постављање проблема

Пресуда на основу терета тврдње као таква није регулисана у ЗПП, али му је иманентна. То показује и идентично стање у аустријском и немачком праву. У складу са тим се и поставља питање материјалне правноснажности овакве пресуде. Како је на одговарајућим местима речено, владајући немачки и аустријски концепти се разликују.

Околност да пресуда на основу терета тврдње као таква и није регулисана у немачком и аустријском праву води различитим схватањима. У Немачкој је владајуће учење да и пресуде на основу терета тврдње стичу својство материјалне правноснажности. То се изводи из смисла саме материјалне правноснажности. Супротно, у Аустрији је владајући став доктрине, пре свега *Фашинга*, и праксе која се ослањања на њега, да пресуде због неконклузивности услед непотпуности – пресуде на основу терета тврдње против тужиоца – не стичу својство материјалне правноснажности. Нажалост, из доступне литературе и праксе се не види аргументација. С једне стране *Фашинг* само истиче да материјална правноснажност пресуда због неконклузивности не спречава ново утужење истог тужбеног захтева, сада са потпуним чињеничним наводима,¹⁹ док се пракса задовољава његовим цитирањем и позивањем на друге одлуке, односно аргументом „устаљене судске праксе“.²⁰ *ABC* у једном случају, међутим, доследно примењујући наведено схватање одриче и материјалну правноснажност делу пресуде којим је одбијен компензациони приговор због дефицита тврдњи, иако начелно и одлука о њему постаје правноснажна (§ 411 аГрпп). Стога је јасно да било која пресуда на основу терета тврдње не стиче својство материјалне правноснажности.

Позив на околност да ЗПП предвиђа да својство материјалне правноснажности стичу пресуде (чл. 359), па да стога и за пресуду на основу терета тврдње не важи ништа друго, није довољан, већ због тога што наведена одредба нема такав значај. Наиме, и поред тога нису све пресуде подобне за материјалну правноснажност – међупресуда, према владајућем схватању, нема такав капацитет.²¹ Према томе, нужни су додатни, стварни разлози.

б) Материјална правноснажност уопште

Правноснажност се традиционално дели на формалну и материјалну. Прва подразумева могућност нападања судске одлуке редовним правним лековима и претпоставка је друге, која значи да је питање које се решавало коначно решено. Дакле, материјална правноснажност је најбитнија, јер кроз „коначност“ одлуке наступају дејства, која су двојака: негативна и позитивна.

Одлуке које имају капацитет материјалне правноснажности у домаћем праву су неспорно пресуде, што и сам ЗПП изричито предвиђа (чл. 359 и след. ЗПП). Што се тиче решења, неспорно је да она која за конкретни случај представљају мериторну одлуку о предмету спора исто тако постају материјалноправноснажна.²² Спорно је међутим да ли и сва остала решења, попут решења о одбацивању тужбе,

¹⁹ *Fasching* in: *Fasching/Konecny*, Kommentar III², § 226 Rn. 95.

²⁰ *OGH* 4 Ob 14/11d JbI 2012, 124.

²¹ Искрпно о томе *Бодирога*, Међупресуда, 264 и след.

²² У том смислу су, са одређеном оградом, решења којим се мериторно окончава посесорни спор подобна за материјалну правноснажност. Исто важи и за платне налоге, али и за решења о извршењу на основу веродостојне исправе. Нов систем извршног поступка и преношење надлежности за доношење одлуке о предлогу за извршење на основу веродостојне исправе на тзв. приватне извршитеље, када се потраживање односи на наплату комуналних услуга, доводе до тога да и њихови *закључци* поводом тога, уколико се не изјави приговор, имају својство материјалне правноснажности.

постају материјално правноснажна.²³ С обзиром да ово питање не дотиче проблем пресуда на основу терета тврдње, оно се може оставити по страни.

aa) Позитивна и негативна страна материјалне правноснажности

Негативно дејство материјалне правноснажности значи да није дозвољено вођење нове парнице у којој је предмет спора идентичан (*ne bis in idem*; чл. 359 ст. 2 ЗПП). Због тога се у аустријској доктрини и пракси ова страна правноснажности назива и „дејством једнократности“ (*Einmaligkeitwirkung*).²⁴ Смисао је, дакле, да се о једном предмету спора одлучује само једном, и никада више. Да није тако, тешко да би поступак могао да оствари свој примарни задатак, али и оне који се надовезују на њега. Утолико је негативна страна правноснажности неодвојиви део процесног система једна правне државе.²⁵

Материјална правноснажност се не исцрпљује само у негативној страни, јер она није довољна да испуни мисију института. Наиме, комплексност приватноправних односа, с тим у вези и парница које се воде поводом њих, доводи до нужности постојања института претходног питања. Када се претходно питање односи на постојање права или правног односа који је већ правноснажно решен од стране парничног суда, онда су сви грађански судови у поступцима где се јави такво претходно питање, дакле не само парнични, везани његовим правноснажним решењем (*arg. чл. 12 ст. 1 ЗПП*).²⁶ Због тога се ова позитивна страна правноснажности назива и везујуће дејство (*Bindungswirkung*). Његово негирање би суштински обесмислило идеју материјалне правноснажности, јер би на мала врата уводила негирање концепта *ne bis in idem*.

bb) Предмет материјалне правноснажности

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. Утолико и он постаје правноснажан, али само ради

²³ Потврдно за сва решења којима се одбацује тужба *Јакшић*⁶, т. 2712.

²⁴ За теорију уместо свих *Rechberger in: Rechberger, ZPO*³, § 411 Rn. 3; за праксу уп. *OGH 8 Ob 126/12f JB1 2013, 532*.

²⁵ И више него репрезентативно *УС Уж 390/09 СГ РС 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.

²⁶ Исто важи и за извршни, ванпарнични и стечајни поступак, с обзиром да сходно важи цитирана одредба ЗПП (чл. 10 ЗИО; чл. 30 ст. 2 ЗВП; чл. 7 ст. 2 ЗСт).

потребе конкретизације правог предмета правноснажности, а то је резултат главног судског силогизма из пресуде.

вв) Временске границе правноснажности и концепт преклузије кроз правноснажност

Како је предмет правноснажности само резултат силогизма пресуде, који је у највећем броју случајева сам за себе недовољно одређен, 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.²⁷ 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. 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. Исто тако, уколико у потоњој парници једна од странака жели да оповргне прејудицијум, и то навођењем чињеница које су у оквирима временске границе, оне се никако не могу узети у обзир – позитивно дејство правноснажности.

Последица временске границе правноснажности у изложеном смислу се у теорији објашњава концептом „преклузије кроз правноснажност“ (*Präklusion durch Rechtskraft*)²⁸ или преклузивним дејством правноснажности (*Präklusionswirkung*).²⁹ То подразумева да су странке преклудирани да у новој парници истичу чињенице које су обухваћене временским границама правноснажности, а које нису изнете у претходном поступку. На тој идеји је израђен и систем правних лекова у извршном поступку. Извршни дужник не може да изјави опозициони приговор против решења о извршењу донетом на основу правноснажне пресуде или судског поравнања, којим ће истицати чињенице које су у оквиру временске границе правноснажности, и то без обзира да ли су истицане у парници или не.

²⁷ Ради се о устаљеном појму, који *Рехбергер* међутим назива „збуњујућим“; *Rechberger* in: *Rechberger*, ZPO³, vor § 390 Rn. 29.

²⁸ Ради се о концепту немачке доктрине, уместо свих *Rosenberg/Schwab/Gottwald*¹⁷, § 115 Rn. 5. И у домаћој доктрини се говори о преклузији истицања чињеница као последици временских граница правноснажности, уп. *Познић*, Коментар, 809; *Јакшић*⁶, т. 2831 и след.

²⁹ Ради се о аустријском концепту; уп. *Rechberger* in: *Rechberger*, ZPO³, vor § 390 Rn. 30; *Rechberger/Simotta*⁷, Rn. 889.

У домаћој доктрини се преклузија кроз правноснажност одавно признаје као концепт, а и пракса иде у истом смеру. На први поглед би се рекло да се тиме и отворено признаје материјална правноснажност пресуда на основу терета тврдње, јер се проблем у вези са њима јавља управо као изношење тврдњи у потоњем поступку, а због чијег неизношења је и дошло до пресуђења у претходно поступку. Ради се, дакле, о класичном примеру преклузије кроз правноснажност. У резултату је то тако, али је потребно напоменути да када се говори о преклузивном дејству правноснажности у теорији, не мисли се уопште на пресуде на основу терета тврдње, већ на класичне пресуде. Наиме, као класичан пример се наводи неистичање туженог да је утужени дуг престао, чиме се онда онемогућује да подигне негативну утврђујући тужбу у погледу дуга са управо таквим наводом. Пресуда у овом случају и није пресуда на основу терета тврдње, јер се уопште није спомињао престанак дуга. Како је речено, дефицит тврдње постоји онда када спрам навода странака постоји повод за примену једне норме, у овом примеру повод за нпр. примену норми о грађанској (ванпроцесној) компензацији. Само у таквом случају је уопште могуће говорити о терету тврдње, а то ће бити онда када нису у потпуности наведене све чињенице које се односе на елементе диспозиције норме.

Према томе, треба закључити да је смисао временске границе правноснажности питање преклузивног дејства. Због тога се чини неисправном редакција ЗПП о временској граници правноснажности, по којој се „правноснажност везује за *чињенично стање утврђено* до закључења главне расправе“ (чл. 360 ст. 3 ЗПП). Како је показано, смисао није тај, већ одређивање граничника преклузивног дејства. Уколико би се остало само на језичком значењу норме, онда од преклузивног дејства, тиме и суштине материјалне правноснажности не би остало ништа. У том смислу временска граница правноснажности се везује за све чињенице – утврђене, или неутврђене – које су настале до одређеног тренутка, и које спадају у животни догађај као елемент предмета спора.

в) Материјална правноснажност пресуда на основу терета тврдње

аа) Потврда смисла материјалне правноснажности

Не постоји никакав стварни разлог да се пресудама на основу терета тврдње одрекне својство материјалне правноснажности и да се заправо негирају као пресуде. Штавише, смисао постојања материјалне правноснажности захтева да се не одступа од општег режима. Наиме, негативно дејство материјалне правноснажности почива на идеји о једнократном пресуђењу, тј. о нужности и оправданости само једног поступка. Такав захтев је јавноправне природе, па странке не могу ни својом сагласном вољом да отклоне дејство материјалне правноснажности у смислу да се ипак води нов поступак. О једном предмету спора се само једном пресуђује, па и уз ризик да пресуда није исправна. Што се тиче пресуђења на основу терета тврдње мисао је иста. То што се она не доноси на основу утврђеног чињеничног стања, већ путем секундарних норми, ништа не мења. Исто тако ништа не мења ни околност да

се оне свесно доносе као потенцијално неисправне. То је нужност правне сигурности која стоји иза концепта забране ускраћивања пресуђења, односно концепта обавезе пресуђења у случају испуњености процесних претпоставки. Уколико пресуда на основу терета тврдње не би имала дејство материјалне правноснажности, мисао о обезбеђивању правне сигурности би се урушила. Примера ради, хипотетички тужилац који не удовољава терету тврдње из парнице у парницу могао би изнова да тужи туженог, и то у недоглед! Тужени нема никакву заштиту иако се идеја правноснажности на томе и заснива. То што он изнова успева у спору, и добија трошкове поступка, ништа не мења.

С друге стране, негирање материјалне правноснажности у овом случају је нелогично спрам општег концепта преклузије кроз правноснажност. Околност да странка није поставила тврдње о свим чињеницама које су потребне за примену правне норме суштински се не разликује од ситуације када странка уопште није навела нити једну чињеницу која би указала на примену такве норме. Преклузивно дејство правноснажности се базира на идеји да се мора прихватити и ризик да пресуда и не почива на „потпуном чињеничном стању“, односно да не одговара ванпроцесном материјалноправном стању. У том смислу је и много логичније да преклузија кроз правноснажност обухвата пре пресуде на основу терета тврдње, него класичне контрадикторне пресуде.

бб) Враћање на вредновање ублаженог расправног начела

Ублажено расправно начело се заснива на идеји слободe и одговорности странака уз саодговорност суда. Пресуђење на основу терета тврдње почива управо на наведеном. Схватање о материјалној правноснажности пресуда на основу терета тврдње уопште није ригидно у смислу да странка губи спор само због своје процесне грешке. То никако није случај, јер важи ублажено расправно начело – суд има дужност питања. Пресуда се доноси тек по несанирању дефицита након постављеног питања, или у случају да странка уопште не дође на рочиште, након таквог рочишта. Но, тада је то заиста њена одговорност, што је у складу са вредновањима ублаженог расправног начела. Управо спрам реченог се показује немогућност прихватања *Фашинговог* схватања. Оно у резултату негира ублажено расправно начело и његова вредновања. Прво, ако се не признаје материјална правноснажност пресуде на основу терета тврдње, то значи да суштински странка уопште не сноси никакву одговорност, осим за трошкове поступка. Међутим, концепт терета тврдње као израз ублаженог расправног начела подразумева одговорност за мериторни исход. Утолико је и сам *Фашинг* противуречан, с обзиром да он изричито и заступа тезу о важењу расправног начела у аустријском поступку, барем што се тиче терета тврдње, и у том смисли и наглашава одговорност странака.³⁰ Друго, тиме се толерише очити немар странке, јер она чак и након постављања питања од стране суда „губи спор“, али поново може да покрене нов

³⁰ Уп. *Fasching* in: *Fasching/Konecny*, Kommentar II/1², Einl. Rn. 16, 20.

поступак. Због тога је губљење спора само под наводницима, јер је то резултат само на папиру. На тај начин се урушава мисао о саодговорности суда, јер се искључиве грешке странака остављају по страни и толеришу се. Дакле, суд испуњава своју дужност, али странка не поставља тврдње, што доводи до тога да, могуће је, баш исти суд мора поново да се бави истим предметом спора у новој парници.

Још један аспект се чини противуречним код *Фашингов* схватања. Наиме, под претпоставком да је оно исправно, због чега се онда потврђују пресуде на основу терета тврдње по призиву, наравно онда када оне нису захваћене повредом дужности упућивања. Зар то није неекономично, када се већ дозвољава да се подигне нова тужба са конклузивним наводима? На крају, чему забрана новота, која је управо тако обликована да обухвата забрану истицања нових чињеничних тврдњи које нису благовремено истакнуте искључиво због грешке, тј. немара странке? Према томе, схватање *Фашинга* и устаљене праксе доводи до нужности редефинисања саме парадигме аустријског поступка, што се чини да се не може предузети без потреса. Чини се да је оно, управо спрам реченог, у контрадикцији са *Клајновим* замислима.

бб) Немогућност доследног прихватања Фашиновог схватања: потреси у извршном поступку

Уколико би се прихватила *Фашиново* схватање, онда би се запало у, чини се, нерешиви проблеме. Наиме, и *Фашинг* и *аВС* говоре о непостојању материјалне правноснажности пресуде због неконклузивности, дакле пресуде против тужиоца. То међутим није једина пресуда на основу терета тврдње, већ постоји и против туженог. Доследност таквог схватања би подразумевала да и таква пресуда не стиче материјалну правноснажност. То је потврдио сам *аВС* у једном случају када није признао материјалну правноснажност пресуде у делу у којем је одбијен компензациони приговор због тога што тужени није поставио све потребне тврдње. Наиме, и поред тога што и у аустријском праву одлука о компензационом приговору стиче својство материјалне правноснажности (§ 411 реч. 2 аГрпп), због схватања о правноснажности пресуда на основу терета тврдње заузет је такав став.³¹

За показивање неодрживости *Фашиновог* става нека као полазна тачка буде наведен један пример пресуде на основу терета тврдње против туженог.

Тужени је у спору поводом исплате дуга признао тврдње тужиоца у погледу настанка дуга и његове висине, али је и истакао да је дуг престао ванпроцесном компензацијом. Ипак, он није у потпуности удовољио свом терету тврдње, јер није навео довољно супстанцирано како је настало компензовано потраживање. У таквом случају се доноси усвајајућа пресуда, и то на основу терета тврдње.

Последица доследног *Фашиновог* схватања би била да је након овакве пресуде дозвољена негативна утврђујућа тужба ранијег туженог против тужиоца у погледу

³¹ Према томе, тужба након таквог пресуђења, у којој бивши тужени захтева исплату потраживања које је и изнео компензационим приговором у претходном поступку, је дозвољена, јер не постоји правноснажно пресуђена ствар. *OGH 9 Ob 290/97f*, 22.10.1997.

дуга. Јер, ако тужилац може опет да тужи, сада постављањем конклузивних тврдњи, због чега се то не би дозволило и туженом у ситуацији која је јасно циљно иста – санирање терета тврдње кроз нову парницу. Но, са тим изгледа и да рачуна ово схватање. Много је већи проблем што се не увиђа даља последица која чини нужним редефинисање система правних лекова у извршном поступку, који је и сам изграђен на идеји о преклузивном дејству правноснажности. Наиме, ако пресуда на основу терета тврдње нема својство материјалне правноснажности, онда би извршни дужник као ранији тужени могао у опозиционом приговору да изнесе, сада потпуно, тврдње на основу којих је престало извршно потраживање.

У предњем примеру тужени као извршни дужник у опозиционом приговору истиче у потпуности настанак компензованог потраживања.

Таквом резултату који је нужност доследности *Фашинговог* схватања се противи и сам аустријски извршни поступак, али и наш, јер се опозициони приговори везују само за оне чињенице које наступају након временских граница правноснажности; то могу бити само *nova producta*.³² Међутим, како је речено, ако се претендује на доследност и на обезбеђивање равноправности странака, онда теза да пресуда на основу терета тврдње није материјално правноснажна значи и да би морали да се допусте опозициони приговори који се односе на екстинктивне чињенице захтева, које управо нису у потпуности биле изнете у парници и због којих је и дошло до пресуђења. Јер, негирање материјалне правноснажности управо подразумева да се резултат пресуђења може преиспитати, било кроз нови парнични поступак, било тако што не постоји везујуће дејство, што би овде био случај. О томе изгледа нити *Фашинг*, нити пракса која га следи, нису водили рачуна, па зато и не спомињу кризну ситуацију свог схватања.

Међутим, доследност наведеног схватања се не зауставља са реченим, већ има своје даље последице. Наиме, ако се допуштају опозициони приговори који се односе на дефицитарне тврдње због којих је и дошло до пресуђења и усвајања захтева, онда се не види никакав стварни разлог да другачије не важи и за било који други опозициони приговор, дакле и на оне чињенице које уопште нису ни биле споменуте у парници. Како је речено, суштинске разлике у преклузивном дејству

³² И више него јасно § 35 ст. 1 аИп: против захтева у погледу којег је дозвољено извршење, у току извршног поступка се могу подићи само такви приговори који се оснивају на чињеницама које укидају или заустављају захтев, а које су наступиле тек након настанка извршног наслова на основу којег је дозвољено извршење. Међутим, ако се тај извршни наслов једна судска одлука пресудан је тренутак до којег је дужник могао успешно да користи чињенице и претходном судском поступку. Опширније у правцу довођења у везу са преклузивним дејством правноснажности *Rechberger/Oberhammer*, *Executionsrecht*⁵, Rn. 199. Иако данас у ЗИО – иначе у потпуности необјашњиво! – нема такве одредбе, јединствени став теорије је да су опозициони приговори дозвољени само ако не спадају у временске границе правноснажности, тј. ако се ради о *nova producta*; уп. *Јакшић*⁶, т. 4447; *Бодирого*, Теорија извршног поступка, 285 и след. Но, док се правна празина у извршном поступку лако попуњава, у стечајном поступку је нужан много креативнији захват, јер се за аналогну ситуацију у погледу оспоравања пријављеног потраживања на основу извршне исправе предвиђа да се може истицати да је „потраживање престало на основу чињеница која је настала након извршности“ (чл. 113 ст. 2 т. 3 ЗСт). Ноторно је да временска граница правноснажности парничне пресуде постављана много пре извршности, а у садашњим условима функционисања правосуђа разлика се неретко мери годинама!

материјалне правноснажности нема. Или ће се забранити довођење у питање исправности резултата силогизма у смислу истицања чињеница које су обухваћене временском границом правноснажности, или ће се допустити. Наравно, ова последња опција је незамислива, јер од вредности правноснажности не остаје ништа. Управо зато је и изричито изграђен систем опозиционих приговора тако да се везују за временске границе правноснажности пресуде (§ 35 ст. 1 аустријског Извршног поступка [*Executionsordnung*]; § 767 ст. 2 нГрпп). Утолико је *Фашингов* став неодбрањив, и то је коначна и пресудна критика његовог схватања.

На основу реченог је немогуће прихватити *Фашиново* решење без озбиљних потреса у укупном систему грађанског правосуђа. Или га треба доследно прихватити и пореметити како смисао парничног, тако и извршног поступка, што би могло да води и злоупотребама, или зарад очувања смисла треба остати код схватања да само одбијајућа пресуда на основу терета тврдње не стиче својство правноснажности. Тако нешто је, међутим, немогуће спрам равноправности странака и права на правично суђење.

2. Испитивање конклузивности тужбе и релеватности одбране: костур парничног поступка

Преходна излагања о пресудама на основу терета тврдње када се доведу у сада динамички контекст, требају да разоткрију костур парнице и метод поступања суда. Испитивање конклузивности тужбе и релевантности одбране при важењу ублаженог расправног начела је неизоставни метод поступања суда. Управо онако како је то у немачком и аустријском праву, тако је и у нашем. За то нису потребне никакве посебне норме које би наређивале судији да тако поступа, за шта је потврда управо стање у наведеним системима; то произилази директно из важења ублаженог расправног начела, учења о примени права и логици ефикасног поступања. Како *Јауерних* истиче, то је саморазумљиво, а треба додати да то је саморазумљиво у амбијенту расправног начела.

Расправно начело, па и ублажено, подразумева да суд у сваком спору буде на чисто које је минимално чињенично стање, јер је то основа пресуђења без које никако нема примене права. У том смислу он мора да проверава конклузивност тужбе у том правцу. Уколико она није конклузивна због непотпуности, његова дужност је да упути тужиоца да се употпуне наводи, тј. да се изјасни о дефицитарним чињеницама. Уколико и тада тужба остане неконклузивна, јер тужилац не постави потребне тврдње, доноси се пресуда због неконклузивности и одбија се тужбени предлог, без било какве потребе за доказивањем других чињеница које су спорне. Због скромне пажње поклоњене правом смислу (ублаженог) расправног начела и неразвијености учења о терету тврдње, судови немају уопште свест о нужности оваквог поступања. Чини се да мисао о „материјалној истини“, колико год судови желели да се дистанцирају од ње, још увек влада. Практичару који „не види шуму од дрвећа“ овакво пресуђење је незамисливо, нарочито због традиционалне готово екстремне позитивистичке

оријентације праксе у погледу схватања права; јер, рећи ће: „Овакво пресуђење нигде није прописано“, или ће питати: „Где то пише?“. ³³ Напротив, оно је у сржи поступка по ублаженом расправном начелу, а ЗПП „треба само исправно читати“.

Све речено, у одговарајућем контексту, важи и за испитивање релевантности одбране. Суд испитује да ли су тврдње туженог у погледу чињеница за које он сноси терет потпуне; уколико то није случај, упућује му питања. Несанирање дефицита тврдње води ирелевантности одбране, што уз утврђење минималног чињеничног стања води пресуди против тужбеног на основу терета тврдње.

Но, треба нагласити и да то није крај испитивању конклузивности, односно релевантности одбране. Оно има и своју другу страну, а то је испитивање у ужем смислу, тј. у правном смислу. Ради се о ситуацији када је заиста испуњен сваки терет тврдње, и наведене су чињенице које се односе на сваки елеменат диспозиције нормe (норми) која се примењује. Ни тада не долази одмах до доказивања у случају да су чињенице спорне. Наиме, пре свега суд треба да испита да ли су тврдње тужиоца конклузивне у ужем смислу: да ли из њих, када би биле истините, заиста произилази позитивна примена нормe и следствено томе усвајање тужбеног захтева? Суд у тој операцији примењује материјално право на такве тврдње – дакле исто онако као када доноси пресуду због пропуштања. Уколико је одговор негативан, доноси се опет пресуда због неконклузивности, али не у смислу непотпуности, већ у ужем смислу. Јер, која је сврха да се изводе докази и утврђује истинитост тврдњи, када ће се, све и да су истините, тужбени предлог одбити. Типични примери су тужбе у којима се примењује норма у којој је садржан један правни стандард. Ако већ из тврдњи тужиоца о чињеницама које се односе на такав стандард по схватању суда не произилази његова испуњеност, чему уопште доказивање таквих иначе спорних тврдњи. То је управо противно идеји о праву на правично суђење!

Пример тужбе ради опозива поклона због осиромашења: тужилац наводи да због смањивања својих прихода након закључења уговора о поклону не може да плати себи одлазак на море. Тужени оспорава наводе тужиоца у погледу чињеница смањивања његових прихода. Сходно правним правилима осиромашење поклонодавца као разлог за опозив треба да буде такво да је угрожена његова егистенција (§ 567 СГЗ; § 947 ОГЗ). ³⁴ Суд треба да по одржаном рочишту одбије доказне предлоге и сам тужбени захтев. Други пример, који није измишљен, показује сву штетност неуочавања механизма испитивања конклузивности. Тужилац захтева накнаду нематеријалне штете од лица које је својом радњом повредило његову супругу, те је она претрпела страх и телесне повреде, које ипак нису довеле до тешког инвалидитета; тврди да је претрпео страх, јер се бојао за супругу. У нашем праву не постоји захтев за накнаду штете у таквој ситуацији (*arg.* чл. 201 ст.

³³ Франц Бидлински (*Franz Bydlinski*), један од најутицајнијих како цивилиста, тако и теоретичара права у германској доктрини (Аустријанац, који је међутим утицајан и у Немачкој), као пресудни критичар *келзеновског* схватања у аустријској доктрини и пракси назива формалисте „лошима правницима“, односно „словним акробатама“; *Ф. Бидлински*, *Правна методологија*, 45.

³⁴ Уп. *BCC* Рев 537/05 Право 7-8/2006, 62.

з ЗОО),³⁵ па сходно томе тужбени предлог треба одмах одбити без доказивања због неконклузивности. Ипак, првостепени суд је изводио доказ вештачењем у погледу постојања страха тужиоца, утврдио да га је он претрпео у одређеном интензитету, па је након тога одбио његов тужбени предлог са образложењем да он нема право на накнаду штете!³⁶ Овде су на губитку сви: тужилац, јер је сносио непотребне трошкове доказивања; тужени, јер није добио правну заштиту на време, и у том контексту „у разумном року“; правосуђе, јер је узалудно утрошено време, а познато је колико су судови преоптерећени приливом предмета и на колико дуго заказују рочишта! Кривица за све негативне последице је искључиво на првостепеном суду.

Подлога за одлучивање не мора увек да буде истина у смислу резултата доказивања.³⁷ Изричито законско уређење за одбијање несаниране неконклузивне тужбе за случај пропуштања одговора не треба да се гледа као изузетак, већ обрнуто, то је потврда кичме парничног поступка.³⁸ Неувиђајући читав коцепт, судови још увек сасвим погрешно, чак и за систем ЗПП 56/76, „живе“ у начелу материјалне истине. Тамо где не требају да робују идеји о нужности подлоге за пресуђење као истини у виду поузданих и несумњивих закључака до којих се долази доказивањем они то чине. Обрнуто, где треба да буду активни на плану тежње ка утврђивању идеалног чињеничног стања – испуњавање дужности питања – они нису, поступајући опет противно ЗПП.

³⁵ Тако и *ОкС НС* Гж 3590/02 Билтен *ОкС НС* 6 (2003) 76.

³⁶ В. *АС КГ* Гж 3863/12 Билтен *ВС КГ* 1/2013; колико се види из објављеног образложења другостепене пресуде, жалбени суд не указује првостепеном да је узалудно изводио доказе!

³⁷ У том смислу, са напоменом да се радило о одбацивању тужбе, *ВПС ЗСО* XXIV-1999-44: тужба се одбацује због непостојања процесне претпоставке на основу самих навода тужбе (опозициона/опунгациона извршна тужба је према самим наводима у њој подигнута након спроведеног извршења); уп. и *ВСС* ИСП 9/1998-83.

³⁸ Тако је управо и у Немачкој, где је стање ствари исто: нужност испитивања конклузивности је у закону предвиђено само за случајеве изостанка, а за остале се претпоставља као саморазумљиво; уместо свих *Jauernig*²⁹, § 25 V. У Аустрији чак ни за случајеве изостанка нема изричитог законског спомена, али се узима да је то исто тако саморазумљиво за поступак у којем постоји објективни терет тврдње; уп. *Fasching*², Rn. 1464.

§ 23 Одређивање потребе доказивања, односно формирање чињеничног стања вољом странака

Постојање ублаженог расправног начела подразумева и да од странака зависи потреба за доказивањем. Од држања противника странке која сноси терет тврдње зависи да ли ће се о једној тврдњи изводити доказивање, или ће тврдња као таква директно ући у чињенично стање. У том смислу, као што је већ на почетку речено, странке могу да располажу идеалним чињеничним стањем, али уједно и преузимају одговорност за њега.

Овај сегмент моделског ублаженог расправног начела је постојао и до ЗПП, али није био у потпуности неспоран. Иако се говорило да признањем тврдњи странке могу да „располажу“ чињеничним стањем, само признање тврдњи као институт је био више усмерен ка релацији са начелом материјалне истине и покушајима да се он усклади са њиме. Другим речима, вољни моменат није био у првом плану. У овом раду је већ заузет став да ЗПП сада недвосмислено полази од концепције потребе доказивања управо у том кључу. Није битно да ли странка сматра да ли је тврдња њеног противника истинита или не, већ је битно да она не жели да је оспорава и тиме да је учини предметом судског испитивања истинитости кроз доказивање. Одређење да се не доказују не само признате тврдње, већ и неоспорене без сумње потврђују речено. С друге стране, управо последње речено уноси битне промене у овај сегмент ублаженог расправног начела. Сходно апсолутно владајућем схватању, ради се о увођењу афирмативне литисконтестације.

Комплекс питања потребе за доказивањем, односно формирања чињеничног стања вољом странака, данас се своди на два института. Први је признање тврдњи, а други је терет изјашњавања. Управо због тога што се у данашњој литератури већином заступа став о ужем схватању (моделског) расправног начела, па сходно томе и оба наведена института се не доводе изричито у вези са њим, потребно је да се они у том смислу и одреде. Што се тиче признања тврдњи, ради се о редефинисању, док се о терету изјашњавања ради о дефинисању, с обзиром да он као такав још није у потпуности израђен у теорији и пракси. Наиме, сходно преовлађујућем ставу у литератури, новост у виду непостојања потребе неоспорених тврдњи је само увођење афирмативне литисконтестације. То није неисправно, али је недовољно за схватање смисла одређења да се не доказују неоспорене чињенице.

I. Редфинисање појма и смисла признања тврдњи

1. Уводне напомене

Појам признања тврдњи у данашњој литератури је мање-више исти као и у ранијој југословенској. Може се рећи да се он везује за етимолошки значај термина признање тврдњи, с обзиром да се оно одређује као једнострана парнична радња странке којој она признаје да је одређена чињенична тврдња њеног противника

тачна – истинита.¹ Уз то се додаје и последица признања тврдњи, а то је да се оне не доказују.

Чини се да се појам признања ни не може одредити без претходног одређења његовог дејства и правне природе. Одређење да је признање процесна радња странке којом она признаје да је одређена чињенична тврдња њеног противника истинита колико је тачна, толико је и недовољна за разумевање смисла самог појма. Признање тврдњи као институт који је део конкретизације ублаженог расправног начела се мора управо у том смислу и одредити.

2. Дејство

Дејство признања тврдњи је у непостојању потребе за доказивањем; призната тврдња постаје аутоматски део подлоге за пресуђење, тј. чињеничног стања без провере истинитости (чл. 230 ст. 1 ЗПП). У том смислу је пре свега суд везан признањем. Међутим, и странка која је признала је везана признањем. Без обзира што у ЗПП опозив признања није уређен као у немачком праву, већ је и даље присутан аустријски концепт, не може се рећи да не постоји дејство признања у смислу везаности странке њиме. Она, уколико жели да отклони такво дејство мора да га опозове, а опозив нема за директну последицу губитак дејства признања; суду је остављено на оцену да ли ће опозив имати дејство или не, што у практичном смислу подразумева да само опозив није довољан. Странка уз опозив мора да наведе додатне чињенице из којих ће се барем видети ослонац за неистинитост тврдње која је призната.²

Пресудно питање за дејство признања, одакле се и изводи закључак о његовој природи, се везује за проблем тзв. неистинитог признања. Ради се о случају када је суд на основу резултата расправљања уверен да је призната тврдња странке неистинита – он је уверен у њену контрадикторну супротност. Ранија југословенска доктрина је за систем ЗПП 56/76 већином одрицала дејство таквог признања. Аргументација је била различита. С једне стране то је била дужност истинитих тврдњи и уопште мисао о материјалној истини као нарочитој вредности,³ а с друге стране је била *Тривина* концепција о лажи као увек неморалном акту, што је у резултату значило да признање нема дејство, јер је оно недопуштена диспозиција – крши чл. 3 ст. 3 ЗПП 56/76.⁴

Данашњи ЗПП није исти као ЗПП 56/76, нити на редакцијском плану, нити на вредносном. Не постоји више изричито предвиђена дужност истинитих тврдњи, док с друге стране мисао о нарочитој вредности истине није толико присутна. Она је јасно ограничена вољом странака, односно вредностима слободе, али и одговорности странака. Управо због тога и не постоји начело материјалне истине у смислу дужности суда да *ex offio* изводи доказе. Дакле, већ спрам реченог се показује

¹ Јакишић⁶, т. 2139; слично Г. Станковић ПИ 10/2013, 45 (48).

² У том смислу већ Познић, Коментар, 576.

³ Маркићевић, Поштење и савесност, 139 и след.; Познић, Коментар, 29; уп. и Старовић/Кеча³, 286.

⁴ Трива/Белајец/Дика⁶, 138.

да се неистинито признање не може више схватати са аргументацијом из времена ЗПП 56/76. Потребно је да се сагледа у контексту данашњег ЗПП и његове вредносне оријентације.

Постојање ублаженог расправног начела у ЗПП није само израз целисходности и процесне економије. Техничко оправдање није ни једино, ни пресудно. Мисао о слободи и одговорности странака је пресудна, што у себи подразумева и одбојност према патернализму. Управо овакво оправдање и омогућава како располагање предметом спора, тако и располагање идеалним чињеничним стањем. Још једном треба напоменути да то није логична последица приватне аутономије, већ процесни израз њених вредности. Спрам тога странке могу да признају тврдње својих противника, јер тиме оне с једне стране преузимају одговорност за идеално чињенично стање, и то пре свега кроз одговорност према себи, а с друге стране располажу њиме. Тако гледано, неистинито признање треба да има дејство, јер је и само ублажено расправно начело у својој суштини манифестација воље странке у погледу исхода поступка. Њу нико не може натерати да постави тврдњу за коју она сноси терет; суд има дужност да је пита, и да јој укаже на такву потребу, али нема овлашћење да интервенише против њене воље зарад „истинитог утврђења“. Тако нешто је замисливо онда када циљ поступка није индивидуална правна заштита, већ заштита објективног правног поретка, што код нас није случај. Исто тако, то је замисливо онда када је таква интервенција оправдана спрам положаја појединца према држави, што опет није случај – патернализам и забрана процесног самоповређивања не одговара положају слободних и одговорних грађана. На неистинито признање, наравно све док не прелази границе из чл. 3 ст. 3 ЗПП, не треба другачије гледати. Уколико странка прихвата неповољне чињеничне тврдње по њу, што она управо чини признањем тврдњи, не постоји јавни интерес који би оправдао ускраћивање дејства признања које странка жели. Другим речима, нема оправданог повода за ограничење воље странке.

Ако је у ЗПП примарни објекат заштите правног поретка у контексту слободе странака супстанцијални резултат парнице (чл. 3 ст. 3 ЗПП), онда не постоји разлика између неистинитог признања тврдњи које води „незаконитој пресуди“ и рецимо признања очигледно неоснованог тужбеног захтева, које исто тако води „незаконитој пресуди“. У оба случаја судија мора да донесе пресуду у погледу које је интимно убеђен да не одговара ванпроцесном материјалноправном стању. Питање је због чега би се на обе ситуације гледало другачије, ако сам резултат пресуђења не потпада под чл. 3 ст. 3 ЗПП. И овде би мисао о истини као само међуциљу поступка требала да пронађе своје место. Она је таква док странке то желе, јер им се признаје слобода и у погледу детерминације идеалног чињеничног стања, и зато што то није противно јавним интересима. Уколико странка баш жели да диспонира резултатом пресуђења кроз признање тврдњи, то са аспекта материјалноправног вредновања принципијелно није противуречно. Аргумент *Бернхарта* и других да не постоји нешто што би био процесни правни посао, и да је то реликт превазиђеног римскоправног схватања, не стоји. Исправно је то да не постоји процесни правни

посао, и да располагање идеалним чињеничним стањем не представља располагање субјективним правом. Међутим, то није последица негације таквог овлашћења из ублаженог расправног начела, већ је то опште обележје схватања парничног поступка у којем је прихваћена процесноправна теорија правноснажности. Наиме, наступањем правноснажности не долази до промене материјалних права, ма колико да је погрешна пресуда. Да је тако, било би потребно у потпуности редефинисати комплетно схватање материјалног права и то у смеру искључивог процесног схватања. Покушај *Леонхарда* да кроз учење о терету доказивања тако нешто спроведе није успео, а то није успело ни савременим настављачима такве тезе у контексту циља поступка (нпр. *Павловски*). Стога и располагање идеалним чињеничним стањем и пресуђењем противно ванпроцесном материјалноправном стању и не долази до његове промене. Сасвим је друго питање то што постоји правноснажно пресуђена ствар; правноснажност се заснива на сасвим другој идеји, али не на идеји материјалноправне промене. Но, да је *Бернхард* био доследан, он би морао да негира располагање предметом спора, јер би оно исто тако – сходно његовом схватању – представљало недопуштени процесни правни посао. Други аргумент, да не постоји повод за располагање путем детерминације чињеничног стања, тј. прецизније да нема правног интереса, исто је погрешан. Сходно реченом, и *Тривин* став да се код неистинитог признања увек ради о неморалном располагању се не може прихватити. Све док признање тврдњи спрам свог резултата не тангира чл. 3 ст. 3 ЗПП, оно и не може да буде лишено свог дејства.

На основу наведене аргументације треба закључити да тзв. неистинито признање има дејство и суд је везан њиме. Никакве разлике нема у односу на признање тврдњи у погледу којих суд и није формирао уверење – оно увек ствара забрањену доказну тему и искључује судско испитивање.

3. Правна природа

У домаћој доктрини је одавно присутан спор о природи признања тврдњи. По једном схватању, ради се о изјави о знању; странка изјављује своје знање о чињеничним тврдњама противника.⁵ По другом схватању, ради се о изјави хтења. По трећем схватању признање има двоструку природу – то је и изјава о знању и изјава хтења. Аутономно место има *Цуља*, по којем је признање тврдњи доказно средство.

Тешкоће у које запада концепција о изјави знања су те да се не објашњава уопште зашто долази до дејства признања. Уколико се ради само о изјави знања, због чега је искључено судско испитивање? Да је то само изјава о знању, заправо суд не би био везан признањем, већ би и у недостатку опозива, на основу каснијих резултата расправљања, могао да не уважи признање тврдњи. Управо је супротно, јер само опозив доводи до потенцијалног одузимања дејства признању. Опозив је

⁵ Г. Станковић⁷, 263/264; Старовић/Кеча³, 286.

искључиво радња странке, која се опет везује за њену вољу.⁶ Сасвим је друго питање од којих параметара ће зависити дејство опозива. Аустријска доктрина која покушава да спасе идеју признања као чисте изјаве о знању, како је речено, доследно развија своју аргументацију, која доводи до резултата да не постоји везаност суда признањем.⁷ Тада је одредба о везаности суда признањем само једно доказно правило, што приближава признање тврдњи доказном средству. Према томе, уколико се и код нас претендује да се заступа теза о признању као изјави о знању, онда се и цео институт мора редефинисати и поставити на нове основе, за шта тешко има ослонаца у ЗПП.

Цуљино схватање је било, и данас је, једнодушно одбачено.⁸ Истиче се да признање тврдњи не може да буде доказно средство, јер оно само чини доказивање излишним. Међутим, *Цуљино* схватање је доследније од тезе о изјави о знању, иако су га критиковали управо они који заступају ту тезу.⁹ Ако се *Цуљино* схватање доведе у везу са његовим исходиштем, што је несумњиво *Полаково* учење, као и даљим развојем у аустријској доктрини закључно са *Рехбергеровим* образложењем, види се да оно итекако има смисла. Као што је речено, смисао учења о признању као доказном средству је у схватању да управо зато што се ради о изјави о знању, а не изјави хтења, суд може да „оцењује“ истинитост признања.¹⁰ Немогуће је инсистирати на тези о изјави о знању, а не довести то у везу са везаношћу суда као дејству признања. Излаз у таквој конструкцији је управо схватање о доказној природи признања тврдњи, које опет сходно слободној оцени доказа подлеже испитивању суда. *Цуља* до краја није развио ову мисао, али је се чини да је доследнији од оних који заступају тезу о изјави о знању.

Према концепцији о изјави хтења признање тврдњи подразумева изјаву воље странке да суд узме ову тврдњу без доказивања у подлогу свог пресуђења.¹¹

Најзад, према концепцији о двострукој природи, признање тврдњи је како изјава о знању, тако и изјава хтења. Међутим, ова концепција код *Триве* има помало другачију садржину, што је последица његовог става о оправдању дејства признања тврдњи. Наиме, за разлику од *Познића* и целокупне германске доктрине, који изричито говоре о изјави хтења (*Wollenerklärung*), *Трива* користи термин изјава воље, и то на начин као да се ради о располагању предметом спора. У том смислу он истиче да концепција признања као изјаве воље подразумева да суд утврђује вољу странака, која је, уколико се пажљиво сагледа његов став, усмерена ка материјалноправној промени.

Изражавајући вољу да се њихови односи регулирају на основи другчијој од оне која је у одлучном моменту стварно постојала, странке ранијој основи одузимају правно

⁶ Супроттно доктрина о изјави о знању управо користи могућност опозива као аргумент у прилог свом ставу; в. *Познић*, Коментар, 573; *Старовић/Кеча*³, 286. Међутим, превиђа се да је опозив радња странке, па је и „контрола изјаве о знању“ подвргнута вољи странке.

⁷ В. горе § 12 III 1.

⁸ *Познић*, Коментар, 573; *Г. Станковић*⁷, 419; *Чалија*, Слободна оцена доказа, 62 и след.

⁹ Тако *Познић*, Коментар, 573; *Г. Станковић*⁷, 419.

¹⁰ В. горе § 12 III 1.

¹¹ *Јакшић*⁶, т. 2155.

релевантно значење. Суд, који је дужан утврдити релевантне чињенице, дужан је након овога утврдити прави садржај воље парничних странака, а не садржај чињеница којима су странке својом накнадно израженом вољом одузеле правнорелевантно значење.¹²

Став да је суд дужан да „утврди“ чињенице које су странке својом вољом одредиле, тиче се самог дејства признања, и није уопште потребно додатно образлагати такво дејство с позивом на „стварање нове истине“. Већ је изложена критика таквог става, јер се онда запада у додатне проблеме – призвук материјалноправних категорија, што и јесте позивање на вољу странака да се „њихови односи регулишу на новој основи“, доводи до значајних компликација. Супротно, природу признања тврдњи треба одредити као процесноправну изјаву хтења, која садржи и вољу странке да се призната тврдња не проверава доказима, већ да уђе директно у подлогу за конкретно пресуђење. Такво одређење је довољно да обухвати све облике признања тврдњи – и истинита и неистинита признања. Смисао је да странка признањем изражава хтење да не постоји потреба за доказивањем, да не жели да оспорава тврдње противника, те да тиме и наступи дејство признања – везаност суда и ње саме. То у сваком случају није грађанскоправна изјава воље.¹³ Спрам тога се чини и да нема разлога да се признање тврдњи одређује у смислу двоструке природе. Одређењем да је признање тврдњи уз изјаву хтења и изјава о знању се ништа не добија, и нема никакве последице. Једино што је битно јесте да наступа дејство признања, то значи управо да је оно изјава хтења, и ништа више.

4. Закључак

Признање тврдњи је парнична радње странке којом она изјављује да су истините тврдње противника и којом она изражава хтење да не оспорава тврдње, већ да оне треба да буду подлога за пресуђење без испитивања суда. Суштина је у хтењу, јер чак и да странка не сматра да су истините тврдње противника, али их ипак признаје, не постоји потреба за доказивањем.

II. Дефинисање и разрада терета изјашњавања

1. Уводне напомене; постављање проблема

Преовлађујуће схватање за време ЗПП 56/76, али и ЗПП 04, за случај неизјашњења странке на тврдње противника, било је оно о негативној литисконтестацији. ЗПП је увео изричито другачије правило – не доказују се тврдње које нису оспорене (чл. 230 ст. 1 *in fine*). Сада се сматра да је уведен систем афирмативне литисконтестације, па тако уколико се не оспори нека тврдња постоји прећутно признање. Питање је међутим да ли може остати код таквог одређења, без

¹² Трива/Белајец/Дика⁶, 403.

¹³ Тако и *Prütting* in: MünchKommZPO³, § 288 Rn. 6; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*¹⁷, § 112 Rn. 18.

додатне разраде. Уколико се узме у обзир немачко теоретско објашењење оваквог уређења, може се поставити питање постојања терета изјашњења у ЗПП.

2. Појам терета изјашњавања

Терет изјашњавања подразумева прави процесни терет странке да се изјасни о тврдњама њеног противника у смислу да ли их признаје или оспорава. Уколико она то не учини, дакле, не испуни терет, наступа негативна последица по њену процесну позицију, с обзиром да тврдње у погледу којих се није изјаснила постају директно подлога за пресуђење. То је штетна последица по њу, јер се увек ради о тврдњама које нису повољне по њу; њих поставља странка која сноси терет тврдње за њих.

Суштина терета изјашњења као појма је у томе да се од странке захтева да изрази своју вољу у погледу одређивања потребе доказивања. Од ње се захтева да се изјасни да ли прихвата тврдње противника против себе или не. Стога је садржај изјашњења двојак: признање тврдњи или оспоравање. Уколико то изостане узима се да постоји воља да се прихвате тврдње против себе, па оне без судијског испитивања постају део чињеничног стања пресуде.

Из наведеног се види да се ради о правом процесном терету, а не о дужности. Јасно је да странка нема праву дужност, обавезу, да се изјасне о тврдњама свог противника, јер не постоји могућност принудног остварења такве обавезе. Ово је типични пример процесног терета, и због тога је важно развити овај појам. У том смислу је домаће процесно право добило још један терет, па тако сада ублажено расправно начело подразумева поред традиционална два терета – објективног терета тврдње и субјективног терета доказивања – још и терет изјашњавања.

А. Догматичка основа терета изјашњавања

У погледу догматичке основе треба напоменути да су сви претходници ЗПП садржали нормативни ослонац за постојање овог терета, али он није био довољан за његово постојање. Иако се код неких аутора, без сумње под немачким утицајем, и спомињао терет изјашењења,¹⁴ он се код већине и није препознавао под тим именом. Сходно аустријском узору, у Грпп је заиста постојала дужност странке да се „опредељено изјасни о чињеничним наводима свог противника“ (§ 242). Међутим, посредством друге одредбе је изричито негирана последица неиспуњења ове дужности у смислу непостојања потребе доказивања. Наиме, одредба § 363 се управо односила на њено неиспуњење, и било је предвиђено да у том случају суд на основу резултата расправљања оцењује да ли се може узети да постоји прећутно, конклюдентно признање.¹⁵ У послератним законима је преузета одредба о дужности странке да се изјасни о наводима противника (чл. 288 ст. 1 ЗПП 56, одн. чл. 299 ст. 1 ЗПП), али није била преузета и одредба о тзв. конклюдентном признању. Па ипак,

¹⁴ Тако већ *Juhart Pravnik* XII (1957), 205, (208).

¹⁵ Уп. *Горшић*, Коментар I, 570; за савремено аустријско схватање исте одредбе в. горе § 12 III 2.

неиспуњење терета изјашњавања се узимало да никако не води директној непотребности доказивања. Сматрало се да у тадашњем систему важи систем негативне литиконтестације, а разлог за то је свакако нарочита вредност истине. Јер, да се признао терет изјашњавања, то би значило да његово неиспуњење значи и искључивање судског испитивања истинитости тврдње, што је било неприхватљиво за схватање поступка у којем се тежи материјалној истини. То је, сматрамо, и довело до значајно дужег трајања парнице, јер се доказивање односило и на тврдње странке о којима се њен противник уопште није изјаснио. Примера ради, било је довољно да тужени макар и конклюдентно „оспори основаност захтева“ (нпр. приговором месне ненадлежности) и тиме спречи доношење пресуде због изостанка, па је аутоматски постојала потреба доказивања свих тврдњи тужиоца; тужени до краја поступка ништа није морао да чини, па ни да се појављује на рочиштима.

У ЗПП је садржана наведена „дужност“, јер и даље странка треба да се изјасни о наводима противника (чл. 308 ст. 1). Пресудна потврда постојања правог терета изјашњавања је управо чл. 230 ст. 1 ЗПП, који се и мора схватити само као последица неиспуњавања дужности из чл. 308 ст. 1 ЗПП. Уколико се странка не изјасни о тврдњи противника, а то може бити само признање или оспоравање, јасно је да је тврдња остала неоспорена, чиме не постоји потреба њеног доказивања. Како је речено, ради се о правом процесном терету, јер његово неиспуњење има штетно дејство по позицију странке – тврдње које су по њу негативне постају аутоматски део подлоге за пресуђење.

На основу реченог произилази да ЗПП сам полази од терета изјашњења, и то на принципијелно исти начин као и немачко право. Околност да су две норме на основу којих он постоји редакцијски неповезане, те да у том смислу постоји разлика у односу на немачко право, није ни најмањи разлог за негирање постојања овог института. Штавише, чл. 308 ст. 1 ЗПП у делу који се тиче дужности странке да се изјасни на тврдње противника се данас догматички не може разумети без конструкције терета изјашњавања. То би значило остајање при схватању из претходника ЗПП, у којима је нормативно стање било пресудно другачије. Јер, може ли се схватити другачије наведена дужност странке, без довођења у везу са изричито предвиђеном последицом њеног неиспуњења? Управо због тога и остајање при схватању о значају чл. 230 ст. 1 ЗПП као афирмативној литисконтестацији није оправдано. Такав појам има само историјски значај, и био је погодан за објашњавање процесне реалности у времену у којем процесна догматика се једне стране није била (толико) развијена, а с друге стране је била под још увек снажним утицајем римскоправних схватања.¹⁶ Савремена немачка доктрина то и показује, јер нема више спомена афирмативне литисконтестације. Она није у стању да у потпуности објасни сам смисао института, јер се везује само за последицу неоспоравања тврдњи. Појмом терета изјашњавања се већ и на термилошком плану јасно означава оно што је смисао, а то је дужност странке према себи самој да

¹⁶ За сумаран историјски преглед, и то само у погледу пропуштања и изостанка у смислу негативне или афирмативне литисконтестације, уп. *Rosenberg, Lehrbuch*², § 106 I 2.

се изјасни о потреби доказивања и тиме да се изјасни да ли прихвата тврдње против себе или не.

Б. Оправдање и циљ терета изјашњења

Постојање терета изјашњења је израз ублаженог расправног начела и дужности странака да савесно користе своја права. Странке имају право да одреде оквир судијског испитивања истинитости тврдњи, што није ништа друго до право располагања идеалним чињеничним стањем. У овом контексту странка одлучује о потреби доказивања, а не суд. Корелат таквог права је и дужност да она одреди шта је спорно, а шта није,¹⁷ јер тиме управо она одређује у погледу чега настаје дужност суда да оцењује истинитост. Уколико странка има такво право, сасвим је оправдано да се захтева да определи своју вољу – да јасно одреди које тврдње противника не прихвата против себе. Тиме се јасно и недвосмислено одређује програм спора (*Streitprogramm*), тј. програм парнице, што је у фундирано у ЗПП – дужност суда је да утврди шта је спорно, а шта није (чл. 308 ст. 2 ЗПП), што претпоставља изјашење странке. Путем механизма терета изјашењења омогућује се да странка која сноси терет тврдње усмери своје доказне предлоге и напоре. Обрнуто, негирање терета изјашењења, или теза да је он задовољен и крајње паушалним оспоравањем свих тврдњи, онемогућује уредно концентрисање поступка и битно отежава позицију странке која сноси терет тврдње. Стога терет изјашњавања има своје оправдање не само у дужност савесног парничења, већ и у идеји о убрзању поступка. Сваљивање одговорности на странку која не сноси терет тврдње и доказивања за рационално трајање парнице у складу је са вредностима ублаженог расправног начела. Њена пасивност није разлог да се парнични поступак продужава и да се њен противник који савесно испуњава своје терете оптерети временским и финансијским троковима за које није дао повода. То је на крају и у ЗПП присутна идеја, јер се другачије и не може оправдати контумациони систем, а нарочито прописивање супстанцираног оспоравања као услова за постојање одговора на тужбу. Тужени, наиме, не може да избегне штетне последице у виду пресуде због пропуштања тиме што ће оспорити тужбени захтев, најалост традиционалном флоскулом, „оспорава се захтев и по основу и по висини“.

Циљ постојања овог института је према томе условљен логиком поступка у којем важи ублажено расправно начело. Како од странке која не сноси терет тврдње зависи потреба доказивања, и њена воља је пресудна, цео ток поступка је тиме опредељен. Доказују се само оне тврдње које она не жели да прихвати против себе. Због тога је у сржи методологије поступања – што је и одавно општеприхваћено схватање – фокусирање на тврдње за које постоји потреба за доказивањем. Теретом изјашњавања се управо обезбеђује правилно утврђивање програма спора – странка треба да јасно определи шта уопште улази у њега. Тако се и обезбеђује јасно дефинисање садржаја радњи на главној расправи, јер се тачно зна шта су уопште

¹⁷ Тако изричито *Brehm*, 89.

доказне теме. На крају, тек се тиме и оживљава субјективни терет доказивања, с обзиром да тек од изјашњења противне странке он суштински настаје. До тада њега и нема, јер је и неизвесно да ли постоји потреба за доказивањем.

На речено се надовезује и нов концепт преклузија и идеја која му је иманентна, а то је концентрисање главне расправе на доказивање конкретних спорних тврдњи. Странке треба да допринесу таквој главној расправи, што подразумева да се оне изричито изјасне у погледу потребе доказивања тврдњи противника. Постављање принципијелног граничника изношења процесног материјала у виду закључења припремног рочишта не би имало никаквог смисла уколико би се дозволило да странка испуни свој терет изјашњавања тек на главној расправи. Тиме би се у најмању руку стварала потреба за одлагањем рочишта за главну расправу, а све због тога што странка није учинила оно што је требала у ранијем стадијуму. Терет изјашњавања стога представља добро решење, јер захтева од странака барем минимално савесно парничење. Критике које су упућене терету изјашњавања, у смислу да ће неука странка претрпети последице, закључно и са повредом права на саслушање,¹⁸ губе из вида како изричито законско одређење о времену наступања последица неиспуњења терета изјашњавања, тако и судијску дужност питања која се односи и на овај терет. Како је речено, чл. 230 ст. 1 ЗПП се не може изоловано сагледавати од чл. 308 ст. 1 ЗПП. Последња одредба се односи на дужност странке да се изјасни о тврдњама противника на *припремном рочишту*, па стога тек уколико се тада странка не изјасни наступају штетне последице по њу. Примера ради, неизјашњење туженог у одговору на тужбу у односу на неке тврдње тужиоца још не значи да је наступила последица из чл. 230 ст. 1 ЗПП.¹⁹ Супротно схватање не само да би било противно изричитом законском тексту, већ би представљало потврду евентуалне максиме, која је страна нашем систему. С друге стране, такво временско одређење испуњења терета изјашњавања није без суштинског разлога. Суд има дужност да на припремном рочишту питањима скрене пажњу странкама на потребу да се изјасне на тврдње противника у погледу којих се нису још изјасниле. Дужност питања се и према свом циљу, али и према самим нормама ЗПП односи и на област испуњења терета изјашњавања;²⁰ изричита дужност суда да утврди шта је спорно а шта не (чл. 308 ст. 2 ЗПП) није ништа друго до предвиђање дужности питања у погледу испуњавања терета изјашњења. Пример са туженим који се због своје неукости у одговору на тужбу не изјашњава о свим тврдњама тужиоца – јер оне не зна које су релевантне тврдње, или не зна уопште да постоји терет изјашњавања – показује да опасност по погоршање његовог положаја због неукости не постоји. Наиме, он ће због своје неукости претрпети штетне последице само ако изостане са припремног рочишта, што је, међутим, израз његове

¹⁸ Тако *Г. Станковић* ПИ 10/2013, 45 (49).

¹⁹ Уколико смо добро разумели, супротно закључује *Г. Станковић* ПИ 10/2013, 45 (49).

²⁰ Уп. већ *Познић*, Коментар, 575 и след., који општу дужност питања види и у томе да суд упућивањем питања странци изведе начисто да ли се признаје тврдња или не, односно изричито напомиње да је једна од централних дужности суда на рочишту да се учини извесним шта се оспорава а шта се признаје.

одговорности према сопственој ствари; уколико он није заинтересован за спор о својим грађанским субјективним правима и обавезама, онда не треба у крајњој линији погодovati његовој незаинтересованости на уштрб других интереса – интереса тужиоца и уредног вршења правосуђа. Неукост се санира управо кроз активност суда на припремном рочишту, али то је управо условљено вољом странке да дође на рочиште. Не може се никако претпоставити да она не долази на рочиште за које добија позив са додатним поукама о преклузији због своје неукости. Утолико се и не може прихватити став да се са чл. 230 ст. 1 ЗПП, тј. са теретом изјашњења парнични поступак претвара у пуку симулацију суђења.²¹ Странка која има терет изјашњења сноси одговорност за своју процесну позицију, и кроз судијску дужност питања је омогућено реално сношење такве одговорности.²² У том смислу се показује значај инсистирања како на конструкцији терета изјашњења, тако и на ублаженом расправном начелу као важећем начелу ЗПП.

3. Садржај терета изјашњавања у појединостима

Терет изјашњавања подразумева дужност странке да се изјасни о тврдњама противника ради одређивања потребе доказивања. Како је речено, она треба да манифестује вољу у правцу питања „да ли прихвата тврдње против себе, или захтева доказивање“. Према томе, удовољавање терету изјашњавања је двојако – признање тврдњи, када се изражава воља да се прихвате тврдње, и оспоравање, када се супротно манифестује воља да се оне не прихватају.

А. Признање тврдњи

О признању тврдњи је већ довољно било речи у претходном делу. Треба само поновити да оно подразумева активну парничну радњу странке којом манифестује вољу да прихвата тврдње противника које су за њу неповољне. Она то чини или простим признањем, или навођењем своје верзије догађаја на који се односе тврдње на начин да се управо поклапа са тврдњама, или просто изричитим „чињењем неспорним“ таквих тврдњи (*Ausserstreitlassung*).

Б. Оспоравање тврдњи

Исказивање воље за неприхватањем тврдњи противника се врши оспоравањем тврдњи. Пре свега, овај појам треба разликовати од „оспоравања тужбеног захтева“, јер се последњи тиче било ког начина манифестовања воље да се не прихвата тужбени захтев. Оспоравање тврдњи се односи на појединачне тврдње и

²¹ Тако међутим Г. Станковић ПИ 10/2013, 45 (49).

²² Тако и *Leipold* in: Stein/Jonas, ZPO²², § 138 Rn. 42, са указивањем да се већ у Образложењу нГрпп из 1877. г. напомињало да нема опасности по неуке странке управо због дужности суда да поставља питања!

тиче се само питања потребе доказивања, што и ЗПП потврђује.²³ У сваком случају оспоравање тврдњи има значај оспоравања тужбеног захтева, наравно када то чини тужени. Међутим, и тужилац може оспоравати тврдње.

Према чл. 230 ст. 1 ЗПП за који се у доктрини данас и везује појам оспоравања, свака изјава са таквим садржајем би уједно била и испуњење терета изјашњавања. Штавише, *Б. Живковић* изричито заступа став о релевантности изјашњавања у виду паушалног оспоравања.²⁴ Овај комплекс проблема је, као што је то и приказано, присутан у немачкој и аустријској како доктрини тако и пракси. Као главни проблем се јавља питање супстанцираности оспоравања у смислу његове релевантности. Исти проблем се јавља и у ЗПП, с тим да њему до сада и није поклоњена нарочита пажња. То изгледа и није било могуће у систему ЗПП 56/76, када се негирао терет изјашњавања и када је било какво оспоравање заправо била „улазница“ за примену инквизиторне дужности суда да изводи доказе зарад „истинитог утврђења спорних чињеница“ (чл. 6 ст. 1, 3 ЗПП 56, одн. чл. 7 ст. 1, 3 ЗПП 76). Међутим, чудно је и за ЗПП 56/76, и за ЗПП 04, а свакако и за ЗПП, да се уопште не увиђа изричита законска одредба која регулише питање оспоравања. Наиме, још од ЗПП 56 се присутна одредба по којој је

странка дужна да изнесе чињенице и предложи доказе на којима заснива свој захтев или којим оспорава наводе и доказе противника, у складу са овим законом (чл. 208 ЗПП 56; чл. 219 ЗПП; чл. 220 ЗПП 04; 228 ЗПП).

Цитирана одредба не регулише само терет тврдње и терет доказивања, како се то раније схватало²⁵ и како се изгледа и данас схвата, већ се односи и на питање оспоравања. Изричито се налаже странци да „изнесе чињенице којим оспорава наводе противника“. Овде се уопште не ради о изношењу чињеница којима се оспорава тужбени захтев, јер се то односи на постављање тврдњи за које тужени сноси терет, и у том смислу се то односи на први део одредбе. Јасно се говори о чињеницама којима се оспоравају наводи (тврдње) противника, што подразумева супстанцирано оспоравање у виду приказивања свог виђења догађаја на који се тврдње односе. Према томе, ЗПП већ на нормативном плану поставља оквир за давање одговора на питање процеснорелевантног оспоравања, тиме и испуњење терета изјашњавања. У том смислу је и домаће нормативно стање другачије од немачког и аустријског, где питање супстанцираности оспоравања не регулише.

²³ Наиме, у чл. 228 ЗПП се говори о оспоравању навода противника, што је свакако синоним за тврдње, док се у чл. 230 ст. 1 ЗПП говори о оспоравању чињеница, што је исправно оспоравање тврдњи о чињеницама.

²⁴ Билтен АС БГ 4 (2012), 37 (46/47). Изгледа да тако закључује и *Г. Станковић* ПИ 10/2013, 45 (49 фн. 24), с обзиром да истиче да је начин избегавања наступања фикције о признању тврдњи – избегавање последица неиспуњења терета изјашњавања – и паушално оспоравање. Супротно, међутим, на другом месту, где у суштини прихвата концепцију терета супстанцираног изјашњавања која се у овом раду заступа; уп. *Г. Станковић*, ЗПП³, 97.

²⁵ У коментарима нема речи уопште о другом делу одредбе, и она се везује само за терет тврдње и доказивања, уп. *Бачић* у: *Познић/Вражалић/Бачић*, т. 1 и след. уз чл. 208; *Трива* у: *Цуља/Трива*, Коментар I, 514 и след.; *Познић*, Коментар, 566 и след.; *Х. Карамарковић* у: *М. Јанковић и др.*, Коментар³, 268 и след.

а) Забрана паушалног оспоравања

Под паушалним оспоравањем се подразумева такво оспоравање у којем се уопште не види на које конкретне тврдње се односи. Оно је у сваком случају несупстанцирано. Класичан пример су оспоравања у форми „оспорава се захтев по основу и висини“, или тзв. „салваторне клаузуле“ у форми „све што није признато се оспорава“.²⁶ Паушално оспоравање је забрањено, односно оно и није процеснорелевантно оспоравање. Њим се не испуњава терет изјашњавања. То произилази већ из самих одредаба ЗПП, јер се у чл. 230 ст. 1 говори о оспоравању чињеничних тврдњи, што подразумева да оспоравање може да се односи само на конкретне тврдње, а не уопштено на све. Уз то, и сам чл. 228 ЗПП предвиђа обавезу супстанцираног оспоравања кроз „противприказивање“ (*Gegendarstellung*) догађаја на који се односе тврдње, што паушално оспоравање свакако не представља.

Чини се да је много значајније образложење забране паушалног оспоравања спрам циља терета изјашњавања. Кроз његово испуњавање је потребно да се јасно утврди програм спора и да странка која сноси терет доказивања зна у ком правцу да усмери своје доказне предлоге. Када би се прихватило паушално оспоравање, настала би потреба за доказивањем свих тврдњи странке која сноси терет доказивања за њих, и то у сваком замисливом правцу. Према томе, уколико би се паушално оспоравање признало као испуњавање терета изјашњења, обесмислио би се његов смисао и циљ.

На основу реченог, оспоравање пре свега подразумева оспоравање конкретне чињеничне тврдње

б) Конкретна супстанцираност оспоравања

Чл. 228 ЗПП захтева да оспоравање не буде у форми простог негирања конкретне тврдње, већ је неопходно и позитивно излагање у форми изношења своје верзије догађаја. Развијена немачка доктрина и пракса показује да се једнозначан одговор не може дати, већ да је питање супстанцираности оспоравања питање сваког појединачног случаја. У том смислу се чини да би требало прихватити тезу о балансу супстанцираности оспоравања наспрам супстанцираности саме тврдње која се оспорава. Стога је претходно потребно још једном се подсетити појма тврдње. Он подразумева изјаву странке о конкретним чињеницама које се односе на један елемент диспозиције норме. Уколико је тврдња минимално супстанцирана, али ипак довољно, странка удовољава терету изјашњења тиме што просто оспорава. Тада се терет пребацује на странку која је поставила тврдњу: она треба да је сада детаљније супстанцира, што повлачи обавезу даљег супстанцираног оспоравања. Пример са закључењем уговора.

Ако тужилац тврди да је закључио уговор са туженим одређеног дана, туженом је за удовољавање свом терету изјашњавања довољно да просто негира ову тврдњу.

Више од од тога се и не може захтевати од њега. Након тога тужилац треба да

²⁶ Уп. Г. Станковић ПИ 10/2013, 45 (49 фн. 24); *Brehm*, 89; *Leipold* in: Stein/Jonas, ZPO²², § 138 Rn. 35.

наведе појединости закључења уговора како би удовољио свом терету тврдње. Примера ради, тужилац и тужени су након тих и тих преговора тај и тај дан, на том и том месту закључили уговор. Тада се опет пребацује терет на туженог да се изјасни сада о овим тврдњама о конкретизованим чињеницама које се односе на елемент диспозиције нормe (закључење уговора). Пропуст изјашњавања води ка последицама терета – фикцији признања.

Захтев за супстанцираним оспоравањем се заиста претвара у секундарни терет тврдње у појединачним случајевима. То је пре свега случај када се ради о негативним правнорелевантним чињеницама. Класичан пример из немачке доктрине и праксе у погледу спорова поводом повреде дужности из уговора о делу, која се састоји у активном чињењу, треба да нађе и своје место у домаћем праву.

У спору пацијента против лекара ради накнаде штете због недавања обавештења, тужилац удовољава свом терету тврдње самим наводом да га тужени није обавестио о штетним последицама које се могу јавити, и које су управо наступиле. Тужени не удовољава терету изјашњења тиме што просто оспорава такву тврдњу, већ је потребно да наведе конкретне чињенице у погледу давања обавештења. Уколико то не учини, нема потребе доказивања наведене тврдње.

Захтев за супстанцираним оспоравањем несумњиво постоји, јер је чл. 228 ЗПП више него јасан. Сасвим је друго питање што се питање супстанцираности оспоравања, и уопште појма оспоравања, никада није поставило у домаћем праву. Као што је речено, то је можда и било оправдано за систем ЗПП 56/76, у којем се заправо захтевала минимална одговорност странака за идеално чињенично стање и ефикасно вођење поступка, с обзиром да је владало начело материјалне истине у једном вредносном смислу. Суштинске одговорности за, у крајњој линији, нелојално парничење није постојало: није било преклузија током првостепеног поступка, новоте су биле неограничено допуштене у жалби, а поврх тога и пасивност странке на плану предлагања доказа није ослобађала суд дужности да „утврђује истину“ извођењем доказа *ex offio*. У данашњем систему који несумњиво потенцира страначку одговорност, и питање супстанцираности оспоравања се мора поставити. Изричита дужност странке да изнесе чињенице којима оспорава наводе противника (чл. 228 ЗПП) се мора ставити у контекст идеја које стоје иза концепта ублаженог расправног начела. Иако мисао о таквом терету изјашњавања личи на претерани формализам и схоластику, она ипак има своје пуно оправдање. Уколико странка има право да не прихвати тврдње противника против себе, тј. право да захтева проверу доказивањем, онда она мора и да каже због чега то чини.²⁷ Супротно схватање није ништа друго до израз деветаестовековне идеје о парници као ратном пољу странака, односно америчке концепције спортске теорије правосуђа. Парнични поступак јесте заснован пре свега на систему терета тврдње и доказивања, и странка која сноси такве терете мора због своје позиције да их испуњава, али и њен противник има дужност да се поштено парнички и да допринесе економичном и ефикасном поступку. Тиме што се од ње тражи да и наведе због чега

²⁷ У том смислу и *Brehm*, 89.

не прихвата тврдње против себе, уопште се не оштећује њен положај, већ се доприноси рационалном решавању спора.

в) Питање изјава са незнањем

Терет изјашњава подразумева дужност странке да се изјасни о тврдњама противника у смислу признања или оспоравања. Уколико се оспорава тврдња, потребно је према могућности странке да супстанцирано оспорава. Ипак, могуће је и да је странка неопредељена, односно да нити признаје нити оспорава тврдњу. Тада се ради, сходно терминологији дела доктрине, о неутралној изјави, што је управо изјава са незнањем или несећањем. У том смислу се и поставља питање значаја оваквог изјашњења странке. Што се тиче садашњег система у којем постоји терета изјашњења, проблем се своди на, пре свега дефинисање појма, и након тога на његово уклапање у успостављени систем.

Изјава за незнањем или несећањем садржински није нити признање нити оспоравање, па је у складу са тим и назив неутрална изјава сасвим одговарајућ.²⁸ Странка је неопредељена у том случају у погледу воље за прихватањем тврдње, јер се она једноставно не сећа, или не зна ништа о њој. Према томе се и поставља кључни проблем, а то је процесноправни значај оваквих изјава.

С обзиром да постоји терет изјашњавања са наведеном садржином, не може се рећи да је он изјавом са незнањем испуњен, јер нити је призната, нити је оспорена тврдња. С друге стране, суд мора бити на чисто да ли постоји потреба за доказивањем или не (*arg. чл. 308 ст. 2 ЗПП*). ЗПП не даје изричит одговор на ово питање, јер као и његови послератни претходници не регулише процесни значај изјава са незнањем. Утолико је и потребно да се с једне стране прикажу решења система где је ово питање изричито регулисано, односно с друге стране да се разјасни досадашње домаће схватање.

У упоредном праву које се обрађује у овом раду и које је без сумње најближе домаћем, решење се проналази у две солуције. По аустријском концепту (и нашем предратном), изјаве са незнањем имају исти третман као и неизјашњавање – оставља се суду да у складу са резултатима расправљања оцени да ли у таквој изјави постоји конклюдентно признање или не (§ 267 ст. 2 аГрпп; § 368 ст. 2 Грпп). Дакле, од сваког појединачног случаја зависи да ли ће се узети да постоји потреба за доказивањем или не. Оно што је занимљиво јесте да се у коментарима аГрпп не образлажу уопште параметри оцене, нити се дају примери,²⁹ а колико је видљиво ни

²⁸ Међутим, део доктрине који користи овај назив схвата појам неутралне изјаве на шири начин, где спада и неизјашњавање странке уопште, в. *М. Марковић*, ГПП I/2, 15; *Г. Станковић*⁷, 264; *иста* ПИ 10/2013, 45 (48). У складу са овде заузетим ставом о терету изјашњавања, што и одговара ЗПП, неизјашњавање странке није „неутрална изјава“ већ има изричит значај непотребности доказивања.

²⁹ Уп. *Rechberger in: Fasching/Konecny*, Kommentar III², §§ 266, 267 Rn. 17 и след.; *ders. in: Rechberger, ZPO*³, §§ 266, 267 Rn. 5. Исто је и у уџбеницима, како оним намењеним почетницима, тако и капиталном *Фашинговом* систему; уп. *Rechberger/Simotta*⁷, Rn. 775 и след.; *Ballon*¹², Rn. 229; *Fasching*², Rn. 843.

пракса се није изјаснила.³⁰ По немачком концепту изјаве са незнањем су начелно забрањене, што значи да се узима да у том случају није испуњен терет изјашњења и да у складу са тим не постоји потреба за доказивањем. Другим речима, тада постоји фикција признања тврдњи. Ипак, изјава са незнањем је изузетно дозвољена, тј. она се сматра оспоравањем, онда када се ради о тврдњама о чињеницама које се нису тичале нити радњи странке, нити су биле предмет њеног опажања (§ 138 ст. 4 нГрпп).

Домаће послератно право није преузело предратну одредбу, и од тада постоји правна празнина на коју је доктрина указала³¹ и понудила решења. Чини се да је преовлађујуће схватање било да се остаје при предратном концепту, па тако се сугерисало да суд треба да оцени да ли изјава са незнањем има значај прећутног признања или оспоравања.³² Изузетно значајан је *Познићев* став поводом овог питања, јер је он једини понудио параметре оцене. Тако констатује да би суд у редовним случајевима оценио да се ради о оспоравању, али додаје да

суд може наћи да тачност тврдње не треба проверавати ако сматра да противнику мора бити познато да је тврдња тачна. Другим речима, суд ће у таквом случају поступити као да је истинитост противникове тврдње призната. Он ће до таквог закључка доћи нарочито ако је противник учествовао у догађају о коме се не изјашњава на несумњив начин.³³

Несумњиво је да је *Познић* био под утицајем немачког решења када је сугерисао параметар судске оцене изјаве са незнањем, чиме се заправо и изјаснио у правцу његовог прихватања. Он је поставио као пресудну околност оцене фактичку могућност странке да се изјасни, а нарочито у смислу да ли се ради о догађају који се тиче радњи у којима је она учествовала. Смисао немачког решења је управо у оцени да ли се ради о чињеницама које се тичу сопствених радњи или су предмет сопственог опажања. Према томе, ако се *Познићев* став и сматрао исправним за систем у којем изјаве са незнањем суд оцењује као признање или оспоравање, а сматрамо да јесте, онда се види да суштинске разлике нема у односу на немачки систем где је то прописано на наведени начин.

Одговор на питање третмана изјаве са незнањем у ЗПП мора имати у виду успостављену концепцију терета изјашњавања и не може се изловано од њега разматрати. Стога је априорни став да је свака изјава са незнањем увек и оспоравање супротан циљу самог увођења терета изјашњавања и прети да обесмисли сам институт. Јер, уколико би се она увек квалификовала као оспоравање, захтев за јасним одређивањем шта је спорно а шта не би се дезавуисао. Уместо да странка супстанцирано оспори једну тврдњу противника, она би могла увек да каже да о

³⁰ *ABC* додуше спомиње изјаве са незнањем само у 1 Ob 119/10x esolex 2011/55, али уопште не даје никакав параметар оцене када би могло да се узме да она има значај конклюдентног признања.

³¹ Тако већ *Juhart Pravnik XII* (1957), 202 (210); *Трива*, ГПП I², 402; *Трива/Белејец/Дика*⁶, 402.

³² Тако изричито *Трива*, ГПП I², 402; *Трива/Белејец/Дика*⁶, 402; *Познић*, Коментар, 576/577. С друге стране је *Јухарт* понудио заправо две опције без коначног опредељења, а то је наведена предратна, или узимање да изјава са незнањем има значај прећутног признања; уп. *Juhart Pravnik XII* (1957), 202 (210).

³³ Коментар, 577.

томе ништа не зна, па чак и да се ради о радњама у којима је сама учествовала. То није ништа друго до обесмишљавање успостављеног концепта. С друге стране, закључак поводом *Познићевог* схватања показује да суштинске разлике између аустријског и немачког концепта нема, што значи да су оне у резултату исте. Међутим, то је могуће само ако се аустријски концепт заиста схвати на начин који уводи „немачки“ параметар за оцену изјаве са незнањем.

И поред реченог, постоји потреба да се заузме јасан теоријски став у правцу одговора на питање попуњавања правне празнине која постоји. За систем у коме је у потпуности признат терет изјашњавања, што је како ЗПП, тако и нГрпп, прихватљиво је само решење које изричито фиксира изузетну допуштеноост изјаве са незнањем; да би она имала значај оспоравања потребни су стварни разлози који оправдавају разводњавање заокруженог концепта терета изјашњења. Наиме, терет изјашњавања представља захтев да се странка јасно и опредељено изјасни да ли прихвата тврдње или не, а ако их не прихвата, тј. оспорава, она мора да наведе разлоге због чега то чини, и то кроз навођење чињеница. Терет изјашњења је израз захтева да потреба за доказивањем постоји само онда када постоји и довољан повод за то, а то је управо супстанцирано оспоравање. Због тога је и немачко решење у погледу третмана изјава са незнањем само циљна последица концепта терета изјашњавања. Изјава са незнањем може да има значај оспоравања само онда када је то оправдано, када постоје стварни разлози, а то је случај када се од странке и не може захтевати да може супстанцирано да оспори тврдње, јер се једноставно оне односе на догађаје у којима она није учествовала и који су ван њеног опсега опажања. Такво решење је разумно и правично, а све преко тога се чини да није у складу са циљем терета изјашњавања. Остајање при аустријском концепту уједно оставља и могућност да се изјава са незнањем третира и преко наведеног параметра, јер на крају у таквом систему се ради само о параметру оцене који је казуистички; другим речима, замисливо је и да се дође до неког другог параметра, који би међутим био супротан циљу терета изјашњења. Тако нешто је, евентуално, и прикладно за сам аустријски поступак у којем терет изјашњења није закржени институт.

Сходно изложеном, изјаве са незнањем су у ЗПП начелно забрањене и у том смислу се њима не испуњава терет изјашњења. Само када се ради о изјави са незнањем у погледу тврдње о чињеницама које се нису односиле на радње странке, или нису биле предмет њеног опажања, она има значај оспоравања и тиме испуњења терета изјашњавања. У сваком случају се чини нужним изричито регулисање изјаве са незнањем на овај начин, наравно све док се остаје при концепту терета изјашњења.

4. Правна природа неиспуњења терета изјашњавања

У ранијој домаћој доктрини се питање неизјашњавање странке на тврдње противника традиционално везивало у моделском смислу за принципе негативне и афирмативне литисконтестације. Сходно томе, уколико би важила негативна,

важила би фикција оспоравања; супротно, радило би се о фикцији признања, или о прећутном (конклюдентном) признању. Управо је у том смислу и схватан контумациони систем у већинској теорији и пракси. Мањи део доктрине је следио *Шперлово* схватање о превазиђености сагледавања пропуштања и изостанка туженог кроз призму афирмативне литисконтестације и учење о фикцији признања тврдњи; по њему, радило би се једноставно о случају када суд одлучује на основу навода само једне странке, тј. тужиоца.³⁴

Како је већ речено, садашње стање у ЗПП се квалификује као систем афирмативне литисконтестације,³⁵ па се сходно томе и говори о фикцији признања као последици неоспоравања тврдњи, или о прећутном признању. Исто тако, и садашњи контумациони систем се већински схвата на исти начин, па је и последица пропуштања одговора на тужбу, односно изостанка са рочишта, фикција признања тврдњи тужиоца.

С обзиром на постојање терета изјашњавања и у складу са тим одбацивање тезе о афирмативној литисконтестацији, питање је да ли се последица неиспуњења овог терета може видети у фикцији признања тврдњи. Пре свега, сам ЗПП на редакцијском плану не полази од тога, за разлику од немачког права. Не говори се да неиспуњење терета изјашњавања има значај признања тврдњи, већ се просто одређује иста последица – непостојање потребе за доказивањем, тј. везаност суда. У том смислу се чини да нема потребе да се фингира признање тврдњи онда када се странка уопште не изјашњава поводом њих. Међутим, управо наведено показује да има разлога да се говори о фикцији признања тврдњи. Смисао признања тврдњи није изјава о знању, већ је то изјава хтења у којој вољни моменат је пресудан. Стога се и неизјашњавање на тврдњу противника може назвати фикцијом признања тврдњи, јер тиме странка – наравно фингирано – показује вољу да тврдње противника непроверено буду подлога за пресуђење; и овде је вољни моменат битан, јер је странка кроз неизјашњење, прецизније кроз неоспоравање, довела до непотребности доказивања. Према томе, теза о прећутном признању као последици неиспуњења терета изјашњавања има своју оправданост, али се мора водити рачуна о самом појму признања тврдњи. Као што је речено, битно је да у оба случаја вољни моменат буде присутан и пресудан. Тиме се не доводи у питање конструкција терета изјашњења као правог процесног терета.

У прилог наведеној аргументацији говори и постојећи процесни систем у којем фингирање воље странке није страно, а повлачење тужбе је репрезентативни пример.

Наиме, повлачење тужбе је процесна изјава воље тужиоца да одустаје од тражења правна заштите; он не жели више да води спор.³⁶ Па ипак, постоји и фикција повлачења тужбе, када се из пасивности тужиоца – у погледу различитих радњи –

³⁴ Тако *Juhart Pravník XII* (1957), 202 (209).

³⁵ *Јакшић*⁶, т. 2145; *Б. Живковић* Билтен АС БГ 4 (2012), 37 (46); *Козар*, 308.

³⁶ Уместо свих *Познић*, Коментар, 467.

узима да је тужба повучена.³⁷ Нема сумње да се на тај начин заправо и фингира воља странке. Управо се исто ради и код неиспуњавања терета изјашењења – фингира се воља странке да прихвата тврдње противника, тј. фингира се да их признаје, с обзиром да је то начин да који се то чини.

Овакав закључак је значајан за схватање пресуда због пропуштања и изостанка. Стога је и данас актуелно традиционално и већинско схватање доктрине и праксе да се у случајевима, када су испуњени услови за доношење ових пресуда, ради о фикцији признања. У складу са овде заузетим ставом о смислу признања тврдњи, акценат је на прихватању тврдњи, а не на признавању њихове истинитости.

Схватање које је делом присутно у домаћој литератури, и које потиче изгледа од *Шперла*, да у случају када су испуњени услови за пресуду због пропуштања или изостанка, нема говора о фикцији признања тврдњи, већ да једноставно суд пред собом има тврдње само тужиоца,³⁸ чини се да није у стању да објасни и оправда управо пресуђење само на основу тврдњи тужиоца. Уколико се такав случај сагледава само са аспекта пресуђења и редакције норми – јер, у ЗПП се заиста не говори о фикцији признања – цео механизам је лишен смислености. Таквом тезом се и не види због чега није могућа пресуда због пропуштања/изостанка у случајевима када ублажено расправно начело не важи. Напротив, уколико се остане при тези о фингираном признању, са смислом који се овде заступа, онда је јасно шта је оправдање пресуде због пропуштања или изостанка. То је фингирање воље да тврдње тужиоца постану подлога за пресуђење без доказивања. Због тога што је то израз ублаженог расправног начела, наведене пресуде се и не могу донети тамо где воља странака у том погледу није релевантна и где не постоји везаност суда њу. У складу са тим је и схватање о фингираном признању и у случају сваког неиспуњења терета изјашењења. Суд је везан за фингирану вољу, јер се тврдња не доказује. Тамо где воља странака нема релевантност у погледу одређивања потребе доказивања, логично је и образложење непостојања терета изјашењења.

³⁷ То није само изостанак са припремног рочишта или рочишта за главну расправу (наравно уз додатне услове, чл. 304, 311 ст. 2 ЗПП), већ је то и неполагање обезбеђења трошкова поступка (чл. 84 ст. 2 ЗРСЗ).

³⁸ У том смеру изгледа *Боранијашевић*, 67, с обзиром да напомиње да се не може прихватити теза о афирмативној литисконтестацији, јер једноставно тужени није признао чињенице.

§ 24 Субјективни терет доказивања

I. Напуштање начела материјалне истине и тзв. афирмација терета доказивања

Напуштање начела материјалне истине схваћеног као дужност суда да изводи доказе по сл. дужности зарад утврђивања истине, довело је, сходно и интенцији законодавца, до повећаног значаја терета доказивања. Као што је већ речено, циљ је био афирмација примене правила о терету доказивања, што је, може се рећи, кулминирало са поступањем праксе која у својим пресудама спомиње овај институт и где треба и где не треба.¹ Овде још једном треба навести став у Образложењу Предлога ЗПП да је „суд арбитар који цени на основу одређених правила и посебно правила о терету доказивања“.² Код аутора и дела праксе који се приближавају догми о чистом расправном начелу, терет доказивања је централни појам који опредељује сам смисао и суштину парничног поступка.³ С друге стране, у владајућој доктрини се много опрезније приступа целој проблематици. Уз постепено увођење модерне германске доктрине маркиране су поједине кризне тачке у редакцији ЗПП и погрешно поступање судова.

Доста нејасну слику у делу теорије и у пракси показује управо теза о афирмацији терета доказивања. Пре свега је нејасно на шта се односи таква теза. Уколико се исправно посматра сам ЗПП 56/76, и тадашња теорија, у концепту објективног терета доказивања заправо се ништа није променило. Управо зато што је он иманентан судском поступку у којем не постоји принуда у односу на суд да увек дође до потребног уверења, напуштање начела материјалне истине и није могло да има последице на њега. Свакако да је најзначајнија промена изричито регулисање расподеле ризика недоказаности, што је, уколико се узме у обзир ранија литература, само прецизирање онога што је и раније важило као прећутно правило. Све промене које се манифестују на објективан терет доказивања су само квантитативне. Наиме, укидањем овлашћења у дужности суда да изводи доказе по сл. дужности, хипотетички се повећала могућност доласка до *non liquet*-а. Стога се цела проблематика тзв. афирмације терета доказивања заправо своди на проблематику субјективног терета доказивања.

У наредном делу ће бити обрађени кључни проблеми које је са собом донео концепт извођења доказа само на основу предлога странака. Сви они се везују за оживљавање и заправо увођење субјективног терета доказивања. Наиме, субјективни терет доказивања је везан за непостојање овлашћења и дужности суда да изводи доказе по сл. дужности. Он је нужна последица и ублаженог расправног

¹ Уп. *АС НС* Гж 2009/12 Билтен АС у Новом Саду 5 (2013), 73 (74): „[П]о оцени АС, првостепени суд је правилном оценом изведених доказа које су странке предложиле и правилном применом правила о терету доказивања утврдио све одлучне чињенице за пресуђење у овој правној ствари“. У истом смислу и *АС НС* Гж2 168/13 Билтен АС НС 5 (2013), 155 (156); *АС БГ* Гж 10561/10 Билтен АС БГ 5 (2013), 148.

² Образложење ЗПП, 108, што преузима и *Козар*, 18.

³ Парадигматично *ВСС* Рев 1421/06 Билтен ВСС 3/2006, 68 (69), у ситуацији када је погрешно одбачена тужба упућује првостепени суд да се, пошто је тужба дозвољена, о „њеној основаности мора одлучивати применом терета доказивања“.

начела, јер на крају докази се изводе само на основу предлога странака; постојање дужности питања принципијелно у то не дира, јер опет од странака зависи да ли ће и након питања суда предложити доказе. Стога је први проблем, иначе најактуелнији у пракси и теорији, процесна конкретизација неиспуњавања субјективног терета доказивања у виду непостојања доказних предлога – дефицит доказа. Други проблем се тиче релације вредновања субјективног терета доказивања и досадашње тезе о тзв. принципу заједнице доказа.

II. Пресуђење у случају дефицита доказних предлога

1. Постављање проблема

Сходно ублаженом расправном начелу, постоји потреба доказивања правнорелевантне тврдње уколико је она оспорена. Да би суд у таквој ситуацији био у могућности да примени конкретну материјалноправну норму и да донесе пресуду, он принципијелно мора да са сигурношћу утврди истинитост или неистинитост конкретне чињеничне тврдње (*arg. чл. 231 ст. 1 ЗПП*). Странке редовно предлажу доказе, суд их изводи, оцењује их, и долази до закључка о истинитости доказне теме. Тада се правила о терету доказивања – логично – не примењују.⁴ Међутим, уколико и тада не буде у стању да са сигурношћу утврди истинитост, ступа на сцену концепт објективног терета доказивања. Ову редовну и пожељну схему у амбијенту ублаженог расправног начела може да разори непредлагање доказа. У тој ситуацији каже се да странка није удовољила свом субјективном терету доказивања.

Питање које се нужно поставља јесте како превазићи овај дефицит? Суд пред собом има тврдњу која је оспорена али за коју није понуђен доказ, па следствено томе и не може да изводи доказе и тако проверава истинитост. Како суд треба да поступи и путем ког механизмом треба да пресуди, уколико уопште и тада постоји нужност пресуђења?

2. Схватања у теорији и пракси

А. Схватање о директној примени чл. 231 ст. 1 ЗПП

У пракси се ова ситуација, која зачуђујуће, и нажалост, није маргинална појава, решава како се то изричито наводи „применом правила о терету доказивања“. Пропуст странке да предложи било какав доказ за чињеницу за коју сноси ризик недоказаности води примени одредаба које се тичу управо објективног терета доказивања. Другим речима, примењује се директно одредба чл. 231 ст. 1 ЗПП. Бројне пресуде то показују.⁵ Исто тако је и доста важан став *ВСС* по којем је

⁴ Супротно међутим пракса, в. фн. 1. За критику таквог поступања *Кеча* ЗбоНС XLVII/3 (2013), 75 (86 и след.); *М. Кнежевић* ЗбоНС XLVII/4 (2013), 353 (355 фн. 8).

⁵ *ВКС* Рев 293/10 Билтен РЈП 4/2012, 123; Рев 490/10 Билтен РЈП 1/2010, 61; Рев 1363/10 Билтен РЈП 1/2011, 87; *ВСС* Рев 1113/07 Билтен ВСС 4/2007, 83 (84); *ПАС* 6 Пж 10556/10 Билтен РЈП 4/2011, 127; *ГО ОкС НС* Билтен ОкС НС 10-2010-4; *АС НС* Гж 2389/10 Билтен АС НС 3 (2011), 75; Гж

неодазивање странке позиву ради њеног саслушања „у вези са правилима о терету доказивања (чл. 223 ЗПП 04)“ (данашњи чл. 231 ЗПП).⁶ Ако се реконструише такав став, произилази да недовољавање субјективном терету доказивања води неизоставно *non liquet*-у и тиме механизму објективног терета доказивања. Како то *ВКС* изричито истиче, ако нема доказног предлога, странка која сноси терет губи спор.⁷ На исти начин закључује и *Јакшић*: ако странка не понуди доказ који потврђује постојање чињенице која улази у диспозицију материјалноправне норме из које изводи захтев, тада ће парница бити решена на њену штету.⁸

Овакво схватање одговара немачкој доктрини о *Beweisfälligkeit*, по којој непредлагање доказа од стране странке која сноси терет доказивања, наравно уз услов да уопште постоји потреба доказивања, аутоматски води губитку спора.

Б. Кечино схватање

Изложено схватање о директној примени чл. 231 ст. 1 ЗПП у случају непредлагања доказа *Кеча* је довео у питање, пре свега, спрам саме законске редакције цитиране одредбе. Чл. 231 ст. 1 ЗПП јасно одређује да ће до пресуђења на основу терета доказивања доћи само онда када након спроведеног доказивања постоји *non liquet*, на основу чега закључује да је примена правила о терету доказивања могућа само у таквој ситуацији; по њему судови поступају противно цитираној одредби када доносе пресуду на основу субјективног терета тврдње.⁹ У том смислу се изјаснила и пракса, али поводом друге ситуације због чега такав став није у супротности са њеним приказаним владајућим схватањем; радило се о примени чл. 231 ст. 1 ЗПП када суд није извео све *предложене* доказе.¹⁰

Уколико смо добро разумели *Кечин* закључак, ЗПП не садржи решење за наведени проблем и потребно је изричито регулисати и његово решење.¹¹ Његова аргументација иде ка томе да покаже да је чл. 231 ст. 1 ЗПП, који се односи само на објективни терет доказивања, унет у садашњи ЗПП по инерцији још из новелираног ЗПП 76 у којем је важило начело материјалне истине. Наиме, тада је суд имао *дужност* да изведе све доказе који су му били на располагању – принцип

8719/10 Билтен АС НС 3 (2011), 77; АС БГ Гж 7885/12 Билтен АС БГ 5 (2013), 162; Гж 5654/11 Билтен АС БГ 5 (2013), 178; Гж 2312/11 Билтен РЈП 3/2012, 119; АС НИ Гж1 2011/11 Билтен АС НИ 2 (2011), 45; ОкС НИ Гж 3162/07 Билтен ОкС НИ 26 (2008), 133; ВС ЧА ИСП 4/2014-85; ИСП 9/2011-77; у том смислу и АС БГ Гж1 6988/10 Билтен АС БГ 2 (2011), 181; уп. ВСС ИСП 10/2007-52; ОкС НИ Гж 4220/08 Билтен ОкС НИ 28 (2008), 171.

⁶ СП 9-10/2009-69. Уп. за сличан став ОкС НС Гж 1589/09 од 12.03.2009. г. (необј.): „недостављање доказа у вези свих чињеничних навода тужбе није разлог за одбачај тужбе, већ је од утицаја на мериторну одлуку, односно на основаност или неоснованост тужбеног захтева *уз примену правила о терету доказивања* (курз. М. К.)“.

⁷ Рев 490/10 Билтен РЈП 1/2010, 61.

⁸ *Јакшић*, ГПП⁶ т. 2419.

⁹ *Кеча* ЗбоНС XLVII/3 (2013), 75 (84).

¹⁰ ПАС Пж 2180/13 ParagrafLex; АС НС Гж 3439/12 Билтен АС НС 6 (2014), 43.

¹¹ Уп. *Кеча* ЗбоНС XLVII/3 (2013), 75 (84): „У целини посматрано постоје разлози да се правила о терету доказивања прилагоде новој, широј концепцији расправног начела укључујући и давање одговора на питање како донети одлуку о спору ако нису постојали услови за доказивање одређених чињеничних тврдњи јер није било одговарајућих доказних предлога од стране парничних странака“.

материјалне истине. Дакле, није се ни рачунало да доказивања о конкретној чињеници неће бити. Даље, као и додатну потврду наведеног, истиче и да је у недостатку других доказа суду увек остајало и саслушавање странака.¹² Једноставно, закључак је да напуштање начела материјалне истине у овом сегменту није било праћено одговарајућом регулативом.

Оваква аргументација се чини оправданом, нарочито спрам данашњег законодавног приступа у којем се тежи што је могуће већем казуистичком регулисању. Међутим, не можемо се сложити са *Кечиним* ставом у погледу преузимања решења из ЗПП 76 по инерцији. Наиме, и у ЗПП 76 се рачунало да ипак изостане извођење доказа у погледу једне правнорелевантне чињенице. Пре свега, правила о предујму трошкова доказивања су чинила зависним извођење доказа, без обзира да ли је доказно решење донето на основу доказног предлога странке, или по сл. дужности. Уколико странке не би положили предујам, не би се ни изводио доказ (чл. 142 ст. 3 ЗПП 56, одн. чл. 153 ст. 3 ЗПП 76). То свакако подразумева и да је такав доказ једини, што је случај увек са вештачењем. Према томе, и сам ЗПП 56/76 заснован на начелу материјалне истине у смислу дужности суда да изводи доказе по сл. дужности је рачунао на могућност да доказивање изостане у потпуности. Додатна потврда је била и немогућност да се против странке принудно изврши дужност едиције исправе, у случају када би исправа била једини доказ. На крају, и аргумент да је суду увек остајала могућност саслушања странака, која је и условљена непостојањем других доказа, или постојањем привременог *non liquet*-а након извођења доказа, није до краја исправан. Природа овог доказног средства не значи да је он морао у таквим случајевима увек да се и изведе, што је и сам ЗПП 56/76 предвиђао. Наиме, саслушање странака долази у обзир само када странке имају сазнања о доказној теми. Иако се говорило, а и у данашњем ЗПП је исто редакцијско стање, о ситуацији када само једна странка нема сазнања о доказној теми, у смислу да се она неће ни саслушавати, то је свакако значило и да се неће уопште извести овај доказ уколико обе странке немају сазнања. Овакав случај није незамислив и често може бити присутан у привредним споровима, јер се за странку која је привредно друштво саслушава њен заступник, који не мора имати сазнања о доказној теми. Уз речено, уколико је било потребно вештачење, које се не би извело због неполагања предујма, по дефиницији није било могуће саслушање странака.

Оно што је најбитније јесте да се излазак из патолошке ситуације непостојања доказних предлога за једну спорну чињеничну тврдњу мора превазићи. Суд је дужан да пресуди уз испуњеност процесних претпоставки, што, као је већ речено, није само заповест ЗПП, већ уставноправни захтев. Према томе, чак и да се ради о уређењу које по инерцији нашло своје место у битно другачијем поступку, тиме се још не превазилази проблем, односно он се не решава. Докле год се не изврши законодавни захват у смислу изричитог регулисања и последица неиспуњења субјективног терета доказивања, решење се мора наћи, тј. мора се понудити одговор на проблем. Ипак, спрам нашег схватања које ћемо изложити,

¹² ЗбонС XLVII/3 (2013), 75 (83).

потребе за законодавним захватом нема, штавише спрам основе система ЗПП у погледу оцене доказа – теорије о слободној оцени доказа – тако нешто се чини немогућим.

3. Сопствено схватање

А. Неадекватна решења

Дефицит доказних предлога би могао да се, сходно и изложеном за дефицит тврдњи, схвати као питање уредности поднеска. Тако би и тужба, и одговор на тужбу који не садрже предлог доказа на сваку правнорелевантну тврдњу били недозвољени. То и није незамисливо, јер сам ЗПП изричито предвиђа такав режим за један поднесак. Наиме, предлог за враћање у пређашње стање мора да има макар предлог доказа у погледу чињеничних тврдњи које се тичу разлога пропуштања (чл. 113 ст. 2 ЗПП). Уколико нема, предлог се одбацује.¹³

Већ је речено да из разлога обезбеђивања правичног суђења и равноправности странака то није прихватљиво решење – тужба би била само одбачена, а одговор на тужбу би се сматрао да није ни дат, па би се отворила врата усвајању тужбеног предлога пресудом због пропуштања.¹⁴ Исто тако, то противречи и самом ЗПП, јер странке могу да неограничено предлажу доказе све до припремног рочишта, а условно све до закључења главне расправе.¹⁵ У том смислу и не постоји евентуална максима.¹⁶ На крају, то је и противно концепцији ублаженог расправног начела, које подразумева да суд има дужност да утиче на странке да предложе доказе.

Други неадекватни аргумент би био тотално важење система везаности тврдњи и доказа. Наиме, ЗПП на више места где наглашава терет тврдње и субјективни терет доказивања истиче систем везаности: странке су дужне да наведу чињенице и предложе доказе у погледу њих (чл. 7 ст. 1, 98 ст. 4, 192 ст. 1, 228, 298 ст. 2 ЗПП). У том смислу тотално важење овог система би подразумевало да је критеријум постојања једне тврдње, тј. њене процесноправне релевантности, понуда доказа за њу. Она би постајала процесно градиво само ако би се понудио доказ. Уколико то није случај, суд не би уопште узимао у обзир тврдњу, па би сматрао да она и није постављена.¹⁷ Тиме се онда цео проблем решава на плану терета тврдње. Колико се оваква конструкција чини исправном и у сагласности са самим језичким тумачењем ЗПП, толико је противна идеји и смислу ублаженог расправног начела. Заборавља се да понуда доказа сама за себе ништа не значи – да ли ће бити потребе

¹³ Тако изричито и *ПАС* Пж 10124/13 ПИС РС; Пж 3033/10 ПИС РС.

¹⁴ У резултату тако и пракса, јер се тужба не одбацује уколико нема доказних предлога; *ОКС НС* Гж 1589/09 од 13.03.2009. г. (необј.).

¹⁵ У том смислу и *ОКС НС* Гж 1589/09 од 13.03.2009. г. (необј.); *ОКС БГ* Гж 3469/05 Право 7-8/2006, 64.

¹⁶ У том смислу *Кеча* ЗбоНС XLVII/3 (2013), 75 (82); *Б. Живковић* Билтен АС БГ 4 (2012), 37 (41 и след.).

¹⁷ Изгледа да у овом правцу иде у свом образложењу *ВС ПО* ИСП 4/2014-84.

за доказивањем зависи од става противника, што и *ВСС* исправно наглашава управо за овај проблем.¹⁸

Б. Слободна оцена резултата расправљања као последица непредлагања доказа

Решење проблема дефицита доказних предлога и пресуђење упркос изостанку доказивања се налази у самом ЗПП у виду слободне оцене резултата расправљања. Правне празнине нема, већ је управо прописана дужност суда да оцењује истинитост спорних тврдњи и у случају да нема доказивања.

Принципијелно суд може да донесе пресуду онда када је утврдио све правнорелевантне чињенице потребне за конкретну примену права. У поступку у којем важи расправно начело, па и ублажено, за утврђење чињеница је потребно да су оне унете у поступак кроз тврдње странака. Конкретан начин утврђења зависи и даље од странака. Уколико тврдња није оспорена, тј. странка није удовољила терету изјашњења, она је утврђена за потребе пресуђења. У случају оспоравања, на суд се преноси овлашћење утврђења. Редовни начин утврђења спорних тврдњи је доказивање, али то није и једини начин. Наиме, битно је да у случају спорних тврдњи суд може да утврди њену истинитост само ако стекне потребан степен уверења – тзв. стандард доказа (*Beweismaß*). За стицање уверења с једне стране му служе резултати доказивања, и с друге стране резултати расправљања (чл. 8 ЗПП). Но, свакако у случају спорне тврдње суд је дужан да цени њену истинитост, без обзира да ли има предлога доказа или не. Уколико нема предлога доказа, тиме и доказивања спорне тврдње, суд мора да поступа у складу са чл. 8 ЗПП, и кроз њега, уколико је потребно, да примени механизам објективног терета тврдње (чл. 231 ст. 1 ЗПП).

Једино могуће решење се крије управо у чл. 8 и кроз њега, ако је потребно, у механизму чл. 231 ст. 1 ЗПП. Наиме, чл. 8 ЗПП предвиђа слободну оцену доказа.

„Које ће чињенице узети за доказане“ из чл. 8 ЗПП не значи само што би произилазило из језичког тумачења да је став о истинитости једне спорне тврдње увек резултат доказивања. Пре свега треба напоменути да је порекло ове одредбе аустријско право (§ 272 аГрпп), које је опет преузело немачку одредбу (§ 286 ст. 1 нГрпп). Смисао је био да се омогући свакако слободна оцена доказа, супротно од до тада (парцијално) присутне формалне оцене. Али уз то је циљ био и омогућити суду да приликом утврђивања спорних чињеница оцењује не само изведене доказе, већ и резултате расправе. У том смислу се данас и резонује у немачкој и аустријској доктрини: о истинитости спорне чињенице суд може да закључи и само на основу резултата расправљања, дакле без извођења доказа.¹⁹ Са ЗПП 56 одредба о слободној оцени доказа је измењена утолико што се уместо предратне редакције „које ће чињенице суд узети за истините“ (§ 368 ст. 1 Грпп) увела формулација „које ће чињенице узети за доказане“, што је и данас важећа редакција. Кроз такву

¹⁸ *ВСС* Рев 3015/07 Билтен ОкС БГ 77 (2008), 160.

¹⁹ Тако већ *Нојман*, Коментар II, 911/912, са позивом на Материјале нГрпп.

промену могло би да се каже да је свесно направљен заокрет у односу на предратно право и да оцена да ли је нешто истинито или не претпоставља неизоставно извођење доказа. Међутим, да то није случај показује већ и сам ЗПП 56. Као што је већ речено, он је свесно полазио од могућности да изостане доказивање, а да суд и даље мора да заузме став о истинитости, сада само на основу резултата поступка. Одредба по којој ће суд „с обзиром на све околности по слободном уверењу ценити“ од каквог је значаја то што странка која држи исправу не поступа по едицијоном решењу (чл. 222 ст. 5 ЗПП 56) је управо то показивала; исто и за недолазак странке ради извођења доказа њеним саслушањем, у хипотези да противник нема сазнања о доказној теми па се и не саслушава. На крају, од Новеле ЗПП 76 из 1990. г. се додатно на редакцијском плану потврђује да се и у случају изостанка доказивања о спорној чињеници закључује на основу резултата расправљања. Тада је додата друга реченица тадашњем чл. 153 ст. 3 која је предвиђала последице неполагања предујма за предложени доказ. У неизмењеном садржају је и данас: уколико странка не положи предујам за предложени доказ, он се неће извести, а „суд ће, обзиром на све околности, по свом уверењу да цени од каквог је значаја то што странка није у року положила“ предујам (чл. 152 ст. 4 ЗПП). Прво, јасно је да се оцена суда у овој ситуацији односи на питање истинитости тврдње странке, јер нема на шта друго да се односи. Друго, ова одредба свакако претпоставља и случај да је у питању једини доказни предлог, дакле да доказивање у погледу те спорне чињенице уопште није спроведено. Стога је то изричито потврда да суд врши и у случају непостојања доказних предлога оцену истинитости спорне тврдње. Формулација из чл. 8 ЗПП „које ће чињенице узети за доказане“ заправо није ништа друго до одређивање стандарда доказа, који је ипак управо због таквог термилошког приступа једно кружно одређење (*Zirkelschluss*).²⁰ Додатну потврду да неизвођење доказа не ослобађа суд заузимања става о истинитости спорне тврдње је схватање о тзв. осујећењу доказа (*Beweisvereitelung*). Наиме, *Познић* уводи овај појам из немачке теорије, па закључује да осујећење доказа води слободној оцени, јер је и то садржина поступка у смислу чл. 8 ЗПП 76.²¹ Свакако да је могуће да је осујећени доказ био и једини.

За овакав став говори и изричито уређење непредлагања вештачења, односно неполагања предујма за њега, закључно са његовим осујећењем. У чл. 260 ст. 3 ЗПП је предвиђено да у тим ситуацијама постоји директна примена чл. 231 ст. 1 ЗПП. У

²⁰ Наиме, спрам чл. 8 ЗПП произилази да је потребно уверење (стандард доказа [*Beweismaß*]) „доказаност“, а редован начин постизања доказаности је доказивање. Ипак, ова погрешна редакција не штети појму стандарда доказивања, јер од Новеле ЗПП 76 из 1990. г. он је изричито предвиђен као уверење са сигурношћу (*arg*, чл. 231 ст. 1 ЗПП). За увођење модерног немачког поимања стандарда доказа у наш систем уп. *Јакшић*⁶, т. 2463 и след.

²¹ Коментар 32, 570; уп. и *Јакшић*⁶, т. 2444 и след; *Познић/Пакић-Водинелић*¹⁶, т. 561/2; *Свијановић* у: Конституисање Србије као правне државе, 95 (99 и след.). Тако и судска пракса (*ГО ОкС НС* Билтен ОкС НС 12 [2007], 24), али и *ЕСЉП* (*Јевремовић* против *Србије*, СГ РС 73/07, пар. 85) за домаће право. Супротно, поједини судови последицу осујећења доказивања виде – несвесно – у обрту терета доказивања, с обзиром да се позивају на одредбе о терету доказивања: *ОкС НС* Гж 7159/06 Билтен ОкС НС 11 (2007), 26 (неиспуњавање едицијоне дужности). Против таквог схватања, управо с позивом на слободну оцену доказа већ *Познић*, Коментар, 570.

том смислу је ова формулација, колико год да је смислена због природе доказног средства, системски неприхватљива. Наиме, она заправо наређује суду *non liquet*, што је спрам чл. 8 ЗПП немогуће; *non liquet* је замислив једино онда када суд, па на основу и само резултата расправљања, спрам свог уверења сматра да тврдња нити је истинита, нити је неистинита. Према томе, већ из овог разлога није могуће да се путем аналогије чл. 260 ст. 3 ЗПП прошири и на друга доказна средства. То би у резултату значило парицијални повратак у законску теорију доказа, јер чл. 260 ст. 3 ЗПП има значај доказног правила (*Beweisregel*). Додатни разлог је свакако и само изричито предвиђање „наметања“ *non liquet*-а и искључења чл. 8 ЗПП само за овај случај; све друге одредбе су тако редиговане да посредно или непосредно налажу суду оцену истинитости спорне тврдње и у случају дефицита свих других доказа.

На основу изложене аргументације произилази да сам ЗПП даје одговор на проблем непредлагања доказа и тиме даје решење кризне ситуације када није испуњен субјективни терет доказивања. Неиспуњавање субјективног терета доказивања не ослобађа суд дужности да оцењује истинитост спорне тврдње. Дакле, аутоматског *non liquet*-а нема, следствено томе ни аутоматске примене чл. 231 ст. 1 ЗПП. Утолико је погрешно поступање праксе. Суд увек – са изузетком вештачења – мора да заузме став о истинитости спорне чињенице, без обзира да ли је било доказивања или не; без обзира да ли доказивање изостало зато што није ни било доказних предлога, или зато што није положен предужам, или зато што је осујећено доказивање радњом странке. У случају да уопште није изведен доказ, у ту сврху суд мора да цени резултате расправе и доказа који су изведени у погледу других спорних чињеница. Он при својој оцени, као и код доказивања, може доћи до тројаког резултата: истинитост тврдње, неистинитост тврдње и *non liquet*.

За случај непредлагања доказа, тј. неиспуњења субјективног терета доказивања, параметри оцене суда свакако зависе од конкретног случаја. Иако би се наметао закључак да би суд увек након овакве „оцене“ дошао у ситуацији *non liquet*, јер једноставно пред собом има тврдњу странке и оспоравање противника, то ипак није тако. *Притинг* и *Узелац* указују, што је по њима с правом и занемарено у теорији, да суд из пасивности (лако) може и да закључи о неистинитости тврдње, јер управо из пасивности странке се тако нешто може закључити.²² Овај закључај би требало само додатно оснажити аргументацијом ублаженог расправног начела. Наиме, уз уредно испуњавање дужности питања, која се односи и на дефицитарне доказне предлоге, суд би у одређеном броју случајева могао да оцени „са сигурношћу“ да је неистинита тврдња, у контексту чл. 8 ЗПП да је „недоказана“. Јер, ако суд упути странку да је неопходно да предложи доказе за своју тврдњу, а странка се оглуши о позив суда и остане пасивна, суд може да оцени да из таквог понашања, према искуству, странка не говори истину у погледу њене тврдње. За то свакако има овлашћење (*arg.* чл. 8, 152 ст. 4 ЗПП).

²² *Prütting*, *Gegenwartsprobleme der Beweislast* (1985), 17, цит. према *Узелац*, Терет доказивања, 179 фн. 670.

В. Закључак

Непредлагање доказа за спорне тврдње, и у том смислу неиспуњавање субјективног терета доказивања, није питање процесних претпоставки. И тада постоји дужност суда да донесе пресуду. Осим за вештачење, у таквим случајевима не долази до аутоматског *non liquet*-а. Суд има дужност и тада да оцени истинитост спорне тврдње, и то на основу резултата расправљања. Уколико спрам тога суд закључи да је тврдња остала неразјашњена, што ће бити редован случај, али не и једини, тек онда долази у ситуацију да примењује норме терета доказивања. Међутим, тада то више нема везе са субјективним теретом доказивања.

Када се овако сагледа целокупна проблематика, види се да постоји основа за разликовање субјективног и објективног терета доказивања управо на начин на који се они дефинишу у модерној германској теорији. До примене објективног терета доказивања долази у свакој ситуацији *non liquet*, без обзира на разлог зашто је дошло до такве ситуације.²³ Један разлог јесте, како је показано, и неиспуњавање субјективног терета доказивања, али тек кроз оцену резултата расправљања. Други је једноставно несигурност закључака и након доказивања, чак и исцрпног.²⁴ Због реченог објективни терет доказивања не треба нужно везивати за неуспех доказивања у виду несигурности, нити га с друге стране треба поистовећивати са субјективним теретом доказивања. Он је једноставно само начин превладавања *non liquet* ситуације и као такав зависи само од објективног постојања несигурности.²⁵ С друге стране је спрам резултата истраживања потребно у одређеној мери редефинисати и/или прецизирати традиционални појам субјективног терета доказивања. Он подразумева терет странке да понуди доказе како би избегла негативне последице, које могу бити с једне стране *non liquet*, а са друге стране и оцена суда да је њена тврдња неистинита. У резултату, то је свакако терет странке да предлаже доказе како би избегла губитак спора.

III. Такозвани принцип заједнице доказа

Принцип заједнице доказа је био признат у доктрини за време ЗПП 56/76. Како је речено, он је подразумевао два аспекта: први, да резултати доказа којег је предложила једна странка могу да користе и другој, и други, да стране не могу да се одрекну доказног средства који су предложиле. Овај други аспект је био нов у односу на предратно схватање истог принципа, и био је израз „начела материјалне истине“ – не могу странке својом вољом да спрече суд да утврђује истинитост чињеница (*Цуља*). Супротно, у предратној доктрини је *Цуља* сматрао да се странка

²³ Тако већ *Rosenberg, Lehrbuch*², § 116 I 3.

²⁴ Парадигматични пример за *non liquet* након и више него исцрпног доказивања је чувени спор у Немачкој – тзв. случај *Анастасија*; *BGH III ZR 139/67 NJW 1970, 946 = BGHZ 53, 245 = MDR 1970, 491*.

²⁵ Тако већ *Rosenberg, Lehrbuch*² § 116 I 3.

не може одрећи доказног предлога. Разлог за то, као и за први аспект, јесте да доказивање увек иде у корист обема странкама.²⁶

У садашњој доктрини *Г. Станковић* спомиње принцип заједнице доказа, и то суштински као комбинацију два *Цуљина* става. Наиме, почетна аргументација је она из предратног периода: доказивање је у интересу обеју странака и зато постоји заједница доказа без обзира на то који је од парничара понудио одређено доказно средство. Потом, као последица тога је став да се странке не могу сагласити да се доказ не изводи, нити се могу одрећи понуђеног доказа, ако је суд већ одлучио да се тај доказ изведе,²⁷ дакле став из послератног периода.

Чини се да се питања која се обрађују у оквиру заједнице доказа морају раздвојити. Једно је питање да ли резултати доказа којег је предложила једна странка могу користити и њеном противнику, док је друго питање може ли странка предлагач, или обе заједнички, да се „одрекну доказа“ који је већ одређен али није још изведен.

У погледу првог питања принцип заједнице доказа постоји. Чим је доказ изведен, његови резултати су постали део резултата поступка и суд их свакако мора ценити. ЗПП не даје нити најмањи ослонац у прилог схватању по којем би се неповољни резултати за странку предлагача оставили по страни. То је једноставно противно сржи начела слободне оцене доказа (чл. 8 ЗПП).

У погледу другог питања, међутим, проблематично је негирање могућности одрицања од доказа. Наиме, док је то било сасвим у складу са начелом материјалне истине у ЗПП 56/76, данас – управо због непостојања таквог начела – то није случај. Како се види, данашња аргументација је другачија него у систему ЗПП 56/76. Како нема више начела материјалне истине, одосно суд нема истражна овлашћења у погледу доказивања, основна идеја је да је доказивање у интересу странака. Међутим, чини се да став који следи и који из те основне идеја оправдава недозвољеност сагласног одрицања од понуђених доказа није исправан и да произилази управо супротно. Ако је теза о зајединици доказа установљена у корист странака, онда је логично да им се омогући да сагласном изјавом спрече извођење већ предложеног и одређеног доказа. То можда није било могуће у систему ЗПП 56/76, где је суд морао да утврди истину у погледу спорних чињеница, али с обзиром на данашњи ЗПП то је могуће. У закону се нигде не истиче посебна вредност истине као такве да би се оправдало њено утврђивање против воље странака. Управо супротно, целокупан пут до утврђивања истине – утврђивања путем доказивања – зависи од странака. Прво, треба поставити тврдњу; друго, оспорити је; треће, предложити доказно средство (и положити предујам!). Дакле, види се да све зависи од воље странака, а пре свега да ли ће суд уопште доћи у ситуацију да утврђује истину, јер признање тврдњи везује суд. Због тога се чини да претежу разлози да заједница доказа у том сегменту више не постоји у домаћем праву. Уколико су странке сагласне, нема основа да се утврђује истинитост тврдње

²⁶ В. горе § 17 III 2.

²⁷ *Г. Станковић*⁷, 414.

тим доказним средством; оне сnose одговорност неизвођења таквог доказа, што је у складу са вредновањем слободе и одговорности странака. Наравно, ово све важи уколико суд не посумња да странке тиме управо желе да спрече да се сазна за њихове намере у погледу недозвољених располагања. Тада, међутим, воља странака више није релевантна, већ суд има истражна овлашћења, па наведени проблем више и не постоји. Једноставно, суд није заинтересован да се утврди истина у тој мери да треба и противно сагласној вољи странака да изводи доказе. Управо напуштање таквог концепта је једно од главних карактеристика реформисаног поступка. С друге стране, ово решење није у колизији са самим схватањем поступка и његовим циљем, као и активношћу суда у парници. Тежња ка утврђивању истине налази своју брану у вољи странака. Она је манифестована тако да се то омогући кроз вољу странака, а не против ње. Потврда тога је управо оквир најважније активности суда – дужности питања: највише што суд може да учини јесте да поучи странку да постоји потреба за доказивањем, да она сноси терет доказивања и да ће у случају да не предложи доказ, врло вероватно, пресудити се на њену штету; другим речима, он не може да изведе доказ по сл. дужности за љубав (материјалне) истине. Али за њену љубав може и мора да упућује странке, и ништа више. На крају, то би значило да странка полагањем предужма за извођење доказа губи право да добије свој новац назад. Били би оштећени материјални интереси странке против њене воље, а ако се аргумент заостри до краја, то би значило и задирање у њену слободну диспозицију својом имовином. Овде се не може повући паралела са обавезом плаћања таксе, јер се таква обавеза односи на рад суда. У случају да је донето доказно решење, али доказ још није изведен, нема никакве радње суда која би оправдавала такав поступак. На крају, предужам за извођење доказа је намењен покривању трошкова доказивања, који нису трошкови рада суда као државних органа.

Оваквим схватањем се не доводи у питање интерес противне странке, јер се и она саглашава да се доказ не изведе. Уколико она не да такву сагласност, она суштински постаје предлагач доказа.

Стога принцип заједнице доказа више не постоји као у ЗПП 56/76 и има другачију садржину. Он се односи на резултате доказивања, али више не подразумева немогућност да се странке својом сагласном вољом одрекну извођења доказа из доказног решења. За то нема упоришта нити у одредбама ЗПП, нити у концепцији ублаженог расправног начела.

§ 25 Судијска дужност питања

I. Уводне напомене

Пресудна околност да у српском парничном поступку важи ублажено расправно начело је постојање опште дужности питања суда, и у том смислу концепт саодговорности суда за прибављање процесног материјала. У делу који се тичао оправдања таквог става је и изнета аргументација. На овом месту је потребно конкретизовати успостављени концепт. То подразумева одређивање садржаја дужности, укључујући и повод за њу, начин и време њеног испуњавања. У погледу последње реченог, с обзиром на новоуспостављени систем преклузија, од фундаменталне важности је довођење у везу дужности питања и одговорности странака за благовремено изношење процесног материјала.

Забрана пресуде изненађења је образложена у претходном излагању. О њој посебно неће бити овде речи, већ ће се само ставити у контекст наведених питања. Посебну пажњу, међутим, управо спрам овог института, завређује и проблем упућивања адвоката као пуномоћника странака.

II. Садржина дужности питања

1. Постављање питања ради санирања дефицита тврдњи

Прва и основна активност суда у оквиру дужности питања је постављање питања странкама ради санирања дефицита тврдњи. Како је већ речено, оправдање постојања ове дужности суда, тиме и саодговорности за идеално чињенично стање, налази се у идеји о ефективном уживању слободе и реалном сношењу одговорности. Пресудан параметар при томе је важење принципа *iura novit curia*. Укратко, странке принципијелно могу да имају другачије правно схватање спора од суда, па зато и не постављају тврдње о чињеницама које су заиста битне. Тада постоји дефицит тврдње, јер нису постављене тврдње о свим чињеницама које се односе на примену материјалноправне норме. На овом месту је потребно да се додатно појасни и одреди који су то заиста случајеви, односно нужно је да се одреде границе дужности питања у овом сегменту.

У парничном поступку у којем важи ублажено расправно начело суд спрам тужбеног предлога и чињеничних навода странака одређује релевантне норме. Тужбени предлог пре свега одређује оквир могућих норми, али до коначне идентификације се долази на основу навода странака. Тако, примера ради, уколико је тужбени предлог усмерен на утврђивање права својине, у обзир долазе све норме које уређују настанак права својине. Које ће конкретне норме бити подлога за пресуђење, зависи од самих навода странака; ако тужилац наводи да је купио ствар од једног трговца, јасно је да у обзир долазе како норме о стицању права својине од невласника, тако и норме о одржају, а не, рецимо, стицање својине наслеђем, или стицање својине окупацијом. Према томе, релевантне норме се одређују спрам навода странака, а не независно од тога. Да би једна норма била релевантна,

потребно је да прво, она спрам тужбеног предлога уопште дође у обзир, и друго, да су странке кроз своје чињеничне тврдње указале на њену конкретну релевантност.

Дефицит тврдње постоји само у назначеном контексту. Он подразумева да је спрам стања ствари (навода странака) идентификована релевантна норма. Даље се подразумева да спрам тврдњи странака управо у контексту такве норме постоји дефицит – нису изнети наводи о свим битним чињеницама. Сходно томе само тада постоји и потреба за вршењем дужности питања. Суд нема дужности, штавише забрањено му је да поставља питања ради изношења тврдњи које су битне за примену једне норме, уколико до тада уопште нема никакве назнаке о релевантности те норме.

Уколико у спору ради исплате дуга уопште нема навода о престанку дуга грађанском (ванпроцесном) компензацијом, суд не сме да пита туженог о евентуалној компензацији. Међутим, ако тужени спомиње да је извршена компензација, али то чини непотпуно (не наводи, рецимо, настанак његовог потраживања према тужиоцу за које тврди да је компензовано), онда свакако постаје релевантна одредба чл. 336 ЗОО, а тиме и настаје дужност суда да постављањем питања утиче на туженог да санира дефицитарне тврдње.

На основу реченог произилазе две границе дужности питања у погледу дефицитарних тврдњи. Прва је већ одређена предметом спора. Суд не сме да постављањем питања провоцира тужиоца да поставља тврдње о догађају који није исти са догађајем који је елемент предмета спора. Друга је ужа, и надовезује се. Суд не сме да поставља питања ради постављања тврдњи о чињеницама које додуше спадају у животни догађај као предмет спора, али које се односе на норме за које спрам навода странака не постоји никакав повод за примену. У томе се показује да дужност суда уопште није никаква истрага, јер би то подразумевало да не постоји назначена граница. Дефицит тврдње се у поступку по ублаженом расправном начелу одређује неминовно спрам навода странака. Тек када кроз њих произилази релевантност једне норме, могуће је и постојање дефицита, следствено томе у дужност питања.

2. Постављање питања ради изјашњавања странке на тврдње противника

Иако у претходним режимима, а нарочито у ЗПП 56/76, није постојао прави терет изјашњавања, део материјалног управљања парницом и активности суда пре свега на припремном рочишту је била и упућивање питања странци у погледу њеног става према тврдњама противника. То је била заправо основна дужност суда на припремном рочишту, или ако се оно није држало, на првом рочишту за главну расправу. Он је требао да направи план парнице, а логична последица ублаженог расправног начела је одвајање неспорног од спорног.

У ЗПП је ова улога суда, иако можда скривено, заправо фундирана. Суд треба на припремном рочишту да утврди које су чињенице спорне (чл. 308 ст 2 ЗПП). То претпоставља да он тражи изјашњење странака у погледу тврдњи свог противника, наравно уколико се оне већ претходно нису изјасниле поднеском. То се уклапа и у општи смисао дужности питања. Терет изјашњења је прави процесни терет који се

односи на питање формирања идеалног чињеничног стања. Пошто је то терет, принципијелно исти као и терет тврдње, суд треба да усмери своју активност и у овом смеру. У противном би постојала противречност. Суд треба да инсистира да странка испуни свој терет тврдње, али не треба да инсистира да противник испуни терет изјашњења. Смисао дужности питања је, како је више пута речено, омогућавање странкама да свесно сnose своје терете; воља за неудовољавањем терету треба да буде јасно манифестована, а не да својом пасивношћу суд доводи по последица терета и фингирања воље странке. То јесте много угодније за суд, али је противно циљу и схватању поступка. Због тога исто као што суд не треба да заскочи странку пресудом на основу терета тврдње, тако не треба ни да заскочи странку последицама терета изјашњења. Странка се можда није изјаснила о некој тврдњи, јер сматра да је ирелевантна. Но, суд је тај који оцењује да ли је нешто релевантно или не, па тако треба то и да саопшти странци да је тврдња противника релевантна и да она треба да се изјасни поводом ње: да ли је признаје или оспорава. Због конструкције нашег поступка и непостојања могућности да се пре рочишта писано тражи изјашњење, то може да наступи тек на рочишту, пре свега на припремном.

На основу изложеног се показује да критике упућене прихватању концепта терета изјашњавања нису оправдане. Позивању на штетност по права странака, нарочито уколико оне нису заступане путем адвоката, уз постојање дужности питања нема места. Странка, пре свега тужени, да би добио потребну „заштиту“ од своје неукости треба да долази на рочишта; уколико изостаје ризикује да не испуни терет изјашњавања, за шта само он сноси одговорност.

3. Постављање питања ради санирања дефицита доказних предлога

Последња дужност суда је постављање питања ради санирања дефицита доказних предлога. Смисао ове дужности је исти као и за претходне две, али је у смислу аргументације додатно потврђен правилима о расподели терета доказивања. Но, у сваком случају, због постојања терета тврдње, а потом и правила да странке саме одређују потребу доказивања, ова дужност суда претпоставља да је испуњен терет тврдње, тј. да дефицита тврдњи нема, и даље да постоји потреба за доказивањем, тј. да је тврдња о битној чињеници спорна.

Потреба за постављањем питања ради санирања дефицита тврдњи постоји увек када за битну спорну тврдњу уопште нема доказних предлога. Разлог за тако нешто може бити у погрешној правној перцепцији о значају спорне чињенице; странка која сноси терет доказивања за њу сматра да је она небитна, и зато и не предлаже доказе. С друге стране, погрешна правна перцепција се може односити на питање расподеле терета доказивања. Управо овај случај због неразвијености учења о расподели терета доказивања може бити нарочито присутан узрок дефицита доказних предлога. Као што је речено, судови, али и добар део литературе, уопште нису свесни правог значаја чл. 231 ст. 2 и 3 ЗПП. Не разликују се уопште конститутивне и импедитивне чињенице, а има схватања да су типичне екстинзивне чињенице заправо конститутивне. Утолико су адвокати по нашем искуству далеко

од исправног схватања. Стога се показује нужним да суд у случају да постоје дефицити доказних предлога испита спрам чл. 231 ст. 2 и 3 ЗПП која странка заиста сноси терет доказивања и да спрам тога усмери своје питање таквој странци, са јасним образложењем свог схватања о расподели терета доказивања. За правилно функционисање система терета доказивања, који како се види и нема улогу само у случају *non liquet*-а, једну од значајнијих улога имају сами првостепени судови. Они морају, пре свега, да буду свесни правила о расподели терета, јер како се види и пре евентуалног *non liquet*-а они треба да заузму став о томе. Јер, у случају дефицита доказних предлога адресат питања је управо странка која сходно правилима о расподели сноси терет доказивања спорне тврдње.

4. Проблем упућивања на материјалноправне приговоре

Материјалнопрвни приговори су посебна субјективна права која се по својој природи највише приближавају преображајним правима. За њихово вршење титулари треба да изјаве вољу. У домаћем праву је одавно присутан спор поводом питања упућивања суда у погледу материјалноправних приговора, и то редовно у смислу приговора застарелости.¹ Но, пре него што се изложи проблем у данашњем контексту, треба напоменути и веома битну ствар која је умногоме утицала на ставове у време ЗПП 56/76. Наиме, питање поучавања странке о приговору застарелости је, пре свега, везивано за домаћај начела поучавања неуких странака, које је било изричито прописано. Данас, међутим, нема такве одредбе. Утолико би и могло да се каже да спора више и нема – нема нормативног основа за дилему. Јер, све што се тиче дужности питања везано је за изношење процесног материјала – чињеничне тврдње, изјашњења и доказне предлоге. Па како је поучавање о приговору застарелости поучавање о могућности да се врши једно субјективно право, а не да се поставе одговарајуће тврдње, произлази јасно да је поучавање забрањено. То би у крајњој линији било у складу са владајућом доктрином и праксом у Немачкој и Аустрији, која међутим ни сама није неупитна.² Међутим, управо спрам стања у наведеним системима није свака дилема отклоњена ни код нас. Прво, може се говорити да суд ипак има ограничену дужности питања и поводом приговора застарелости, и то када је навод странке нејасан, а постоје значајне индиције да она суштински и изјављује приговор. Друго, и поред одстрањивања нормативног израза принципа поучавања неуких странака, оно постоји, па је зато и актуелна дилема да ли треба поучавати неуку странку о материјалноправном приговору.

Случајеви у којима се признаје дужност упућивања у погледу материјалноправних приговора у немачком и аустријском праву, и то у погледу пуномоћника адвоката, сведени су на разјашњавање навода странке. Како је речено,

¹ Утолико ће се и проблем упућивања на материјалноправне приговоре обрађивати на примеру приговора застарелости, који је свакако најприсутнији у судској пракси.

² Нарочито у Немачкој је то итекако спорно, с обзиром да суд има иначе дужност да упућује тужиоца да сврсисходно преиначи тужбу.

потребно је да већ из њених изјава у парници постоје ослонци за вршењем овог права. Чини се да би се таква дужност суда могла прихватити и у домаћем систему. Наиме, без обзира што се заиста ради о изјави воље, а не нејасној чињеничној тврдњи, смисао дужности питања је и у разјашњавању (*Klarstellung*). Уколико је чињенична тврдња нејасна, суд има дужност да упути странку да је разјасни. С друге стране, и чињенична тврдња је средство напада, или одбране. Тако гледано, не постоји разлог да се негира дужност суда да упути странку да разјасни своје наводе у којима постоје ослонци за вршење материјалноправног приговора.

Однос са неуким странкама се не може решити на начин да се чисто позитивистички каже да нема основа за њихово поучавања. Признавање постулативне способности странака с једне стране, и концепција фер поступка с друге стране, где је вредновање постулата социјалне државе интегрални део, чини нужним да се и поред лоше редакције ЗПП призна принцип поучавања неких странака. Он постоји још увек, јер то управо произилази из права на правично суђење. Ако правна и социјална држава даје странкама постулативну способност и тиме рачуна да ће бити парница у којима се појављују неке странке, а при томе им не обезбеђује ни минимум помоћи суда, онда је то противречно концепту такве државе. То није ништа друго до „свако је ковач своје (не)среће“ екстремног либерализма и индивидуализма. Тако нешто је страно за Републику Србију (*arg. чл. 1 Устава*). На основу тога и постоји ослонац за тезу да неугој странци следи поука о могућности изјављивања материјалноправног приговора, чак и када уопште није ни индигирала у својим наводима вољу у том правцу. У прилог томе је и *Тривина* аргументација да мало неугој странци користи поучавање суда о њеним чисто процесним правима, уколико за битнију ствар тога нема; из смисла поучавања неких странака – избегававање штетних последица због неукости – би и произилазила наведена дужност суда. Но, уколико се прихвати ова теза, онда је засигурно нужно и да се прихвати теза о упућивању неугог тужиоца о сврсисходном преиначењу тужбе, с обзиром да је принципијелно ситуација иста као са материјалноправним приговорима.

Пример за то би била тужба ради утврђења ништавости, а спрам навода тужбе се види да странка заправо истиче релативну ништавост. Суд би неугог тужиоца требао да упути у правцу сврсисходног преиначења тужбе – да се уместо утврђења ништавости тражи поништај. Јер, у супротном, све и да постоји разлог за поништај уговора, тужба би се одбила, јер није конклузивна. Неука странка тешко може да разуме разлику утврђења ништавости и поништаја, односно нужности прецизне формулације тужбеног предлога. Штавише, и сами правници нису увек свесни разлике, што се види и у литератури у којој се говори о „поништају ништавог уговора“.

III. Начин испуњавања дужности питања

У ЗПП, за разлику од немачког права али и онедавно словеначког,³ једини начин вршења ове дужности је усмено постављање питања. Рочиште је отуда једино место и време где се врши ова активност. Изричитог законског ослонаца нема за упућивање питања писаним путем пре рочишта, што би иначе у потпуности било у складу са идејом о ефикасношћу. Питање упућено тек на рочишту у великом броју случајева ће представљати и изненађење за странку, јер да је знала шта треба да уради, она би то свакако и раније навела. У тим ситуацијама странка, а нарочито њен пуномоћник, нису у стању да одмах одговоре на питање суда и да удовоље свом терету тврдње. Ради обезбеђивања права на саслушање и уопште остварења циља дужности питања, странци треба оставити рок да се, сматрамо, поднеском изјасни на питања суда, што доводи до одуговлачења, јер тада треба обезбедити и да се противник изјасни о новим тврдњама или доказним предлозима. Тако се показује да је систем питања и писаним путем пре рочишта пожељан. За схватање *de lege lata* стога не постоје препреке, што показује и словеначки пример пре изричитог увођења таквог система.⁴ Међутим, у данашњим условима преовладавања тезе о чистом расправном начелу и дужности питања као страном телу које руши савршени баланс између странака, тешко је очекивати да пракса пође тим путем. Много је важније да она постане свесна својих дужности које има изричито спрам ЗПП, а то је свестрана дужност питања на рочиштима.

У сваком случају, питање суда мора да буде конкретно да би испунило свој циљ. Паушално питање и није питање, па због тога се устаљена питања у домаћој пракси „Има те ли још нешто да додате или предложите?“ никако не могу окарактерисати као испуњавање ове дужности.⁵ За то говори веома богата немачка и аустријска пракса и доктрина.⁶ Уколико је смисао постављања питања превазилажење дефицита који су узроковани превидима и заблудама, они се могу превазићи само ако се странци довољно јасно и супстанцирано укаже у чему је дефицит. Уколико се ради о дефициту тврдње, потребно је упутити странку о којим чињеницама, гледано спрам елемента диспозиције нормe, постоји потреба да се постави тврдња; у случају несупстанцираности тврдње, о којој се тврдњи заиста ради; ако се ради о противуречним тврдњама странке, које су оне тачно. Дефицит доказних предлога мора да буде јасно конкретизован у смислу конкретне спорне чињенице, а ако се ради о превиду правила о расподели терета доказивања, упућивање треба да уследи и у том смеру. На крају, за случај упућивања у смислу испуњавања терета изјашњавања неопходно је да суд јасно одреди у односу на које тврдње се странка још није изјаснила; то ће бити нарочито случај уколико су

³ Опширније *Галич* ЗбоЗГ 63 (2013), 799 (803 и след.).

⁴ Уп. *Галич*, ЗбоЗГ 63 (2013), 799 (804), који напомиње да су искусне судије саветовале такав начин материјалног управљања парницом.

⁵ Тако и *Reichold* in: *Thomas/Putzo*, ZPO²⁹, § 139 Rn. 27; *Wagner* in: *MünchKommZPO*³, § 139 Rn. 20

⁶ За немачку горе § 9 VI 6, за аустријску горе § 12 V 5.

претходни наводи странке нејасни, па суд не може да закључи да је тврдња призната или оспорена.⁷

Испуњавање дужности упућивања на наведен начин треба неизоставно и записнички констатовати. Не само да је ово једна од радњи на рочишту, па је зато треба и унети у записник (чл. 115 ст. 1 ЗПП), већ је то неопходно ради контроле инстанциних судова; уношењем конкретно постављеног питања у записник првостепени суд се „покрива“ у случају да странка која изгуби спор истакне као жалбени разлог повреду дужности питања. Обрнуто, пошто је записник јавна исправа,⁸ неуношење питања у записник ствара претпоставку да оно није ни уследило, што, ако се покаже да је каузално, доводи до укидања пресуде. Колико смо били у прилици да видимо, нажалост, записници се уопште не састављају на наведени начин. Штавише, они се своде само на констатацију да странке остају код својих досадашњих тврдњи и потом се излажу резултати доказивања. Другим речима, уопште се не уносе радње суда којима он материјално управља парницом.

IV. Време вршења дужности питања

1. Редакција одредба ЗПП

Из одредаба ЗПП о дужностима суда да пита странке ради изношења новог процесног материјала јасно произилази да дужност постоји током читавог првостепеног поступка. Чл. 305 ст. 2 већ предвиђа дужност суда на припремном рочишту, док чл. 313 исту прописује за главну расправу. Штавише, може се рећи да суд суштински има дужност питања и након закључења главне расправе, све док не пресуди, односно прецизније док не буде везан пресудом. То је моменат објављивања пресуде, јер суд има обавезу да је увек јавно објави (чл. 352 ЗПП). За такав закључак говори сам ЗПП и рачуна на то; суд може, тј. мора да отвори већ закључену главну расправу ако постоји потреба да се поступак допуни (чл. 127 ст. 1 ЗПП), а уочавање да о одређеним аспектима уопште није било расправљања и да је у том смислу изостало постављање питања је класичан пример за нужност допуне поступка.⁹ У том смислу постоји и дужност питања у интервалу између закључења главне расправе и објављивања пресуде.

За ефикасно спровођење поступка суд има једнаку одговорност као и странке. Због тога је од фундаменталног значаја припремање главне расправе, али и припремање самог припремног рочишта. На основу тужбе и одговора на тужбу суд мора већ да провизорно оцени спор у смислу правне квалификације; уколико спрам тога постоје дефицити процесног материјала, он мора то већ пре припремног рочишта да маркира, како би знао шта да ради на њему. Стога је испуњавање дужности питања већ на припремног рочишту пресудно за концентрацију поступка и тиме његово ефикасно окончање. Уколико суд уопште не припреми предмет,

⁷ Тако већ *Познић*, Коментар, 576.

⁸ *Јакшић*⁶, т. 1367, 1398.

⁹ Уп. *Schumacher*, 16/17; *Sprung/König JBl* 1976, 1 (7): ради се о дужности, а не овлашћењу суда.

тешко се може остварити концентрација. Тиме се или одлаже постављање питања за главну расправу, што њу саму деконцентрише, или се крше одредбе ЗПП и чини се битна повреда поступка, уколико се уопште и не испуни дужност.

2. Систем преклузија током првостепеног поступка и дужност питања суда

Концепт судијске саодговорности за идеално чињенично стање у ЗПП је додатно добио на значају увођењем система преклузија изношења процесног материјала у првостепеном поступку, што се може рећи да је једна од његових најзначајнијих новина. Оријентација поступка ка још већој одговорности странака кроз увођење начелне преклузије нових чињеница и доказа након припремног рочишта требала би да се стави у контекст судијске саодговорности која је темељни принцип у ЗПП.

А. Уопште о преклузији

Концепт преклузија није дочекан са одобравањем у доктрини, већ, насупротив томе, доста оштро критикован. Он се у основи означава као увођење евентуалне максиме, која је, како се наводи, напуштена у модерним системима крајем XIX века.¹⁰ *Ракић-Водинелић* иде и даље, па означава овакав систем као противан идеји коју је још *Клајн* формулисао у смислу принципа јединства главне расправе.¹¹ На крају, решење ЗПП се критикује и због односа са уређењем граница правноснажности. У том смислу противуречан је концепт по којем преклузија изношења чињеница наступа на припремног рочишту, а временске границе правноснажности се везују за тренутак закључења главне расправе.¹²

Треба уочити да су критике оправдане, како показује и *Јакшић*, у формулацији преклузије у смислу одређења кривице странке као јединог мерила питања допуштености новог процесног материјала након припремног рочишта. Упоредноправна решења показују да се много опрезније приступа уређењу овог питања. О евентуалној максими, међутим, не може се говорити, јер већ могућност и каснијег изношења процесног материјала, па макар она и била ограничена на питање кривице странке, искључује њено постојање.¹³ Још мање се чини оправданим позивање на „модеран *Клајнов* систем“ и упоредноправна решења у којима, тврди се, преклузија не наступа у раним фазама поступка.¹⁴ Примера ради, управо у Аустрији преклузија итекако може да наступи већ закључењем припремног

¹⁰ Тако изричито *Г. Станковић* ПИ 2/2012, 13 (13); у том смислу и *Јакшић*⁶, т. 262; уп. *Ракић-Водинелић* ПЗап II (2011), 515 (520 и след.).

¹¹ ПЗап II (2011), 515 (520),

¹² *Јакшић*⁶, т. 813 и след.; *Ракић-Водинелић* ПЗап II (2011), 515 (521 и след.).

¹³ И у немачком праву је након редефинисања и поштравања система преклузија 1976. г. било схватања да се тиме уводи евентуална максима, с тим да данас о томе нема речи; уп. *Leipold ZZP* 93 (1980), 237 (257 и след.); *Rosenberg/Schwab/Gottwald*¹⁷, § 68 Rn. 41, § 79 Rn. 46.

¹⁴ Тако *Ракић-Водинелић* ПЗап II (2011), 515 (520).

рочишта, али не пре.¹⁵ С друге стране, у Немачкој не само да је могуће да наступи преклузија након прве усмене расправе (тзв. рано прво рочиште [*frühe erste Termin*]), већ је то могуће и пре тога.¹⁶ На крају, искуство из Аустрије и Немачке је показало да систем преклузија никако не угрожава временске границе правноснажности, које су принципејно исте као и код нас. Јер, ако се ради о чињеницама које наступе након закључења припремног рочишта – *nova producta* у овом контексту – оне су свакако дозвољене; не може се замислити да постоји кривица странке за непостављање тврдње о чињеницама за које она тврди да су након припремног рочишта наступиле!

Правило о преклузијама не би требало да буде циљ за себе, нити се оно може схватити само из угла „суђења у разумном року“.¹⁷ Нема сумње да преклузија током првостепеног поступка спутава остварење циља поступка с једне стране, и реализацију права на саслушање с друге стране. Управо због тога се код нас, као и у немачкој и аустријској доктрини, указује на нужност рестриктивног схватања одредаба о преклузији.¹⁸ Чини се да се добар део проблематике преклузије може решити у смислу ублаженог расправног начела. На то упућује и веома разрађена али и мање-више једнодушна упоредноправна доктрина и пракса, где је и ова димензија страначке одговорности за идеално чињенично стање – временска димензија – стављена у иманентни контекст судијске саодговорности.

Б. Однос чл. 314 и чл. 313, 326 ст. 2 ЗПП: преклузија дужности питања?

Ако се концепцијски сагледа нови систем преклузија у ЗПП види се да је нарочита пажња и вредност поклоњена припремном рочишту. Граница преклузије је постављена са намером да се процесни материјал концентрише на припремном рочишту како би се главна расправа фокусира на расправљање о већ изнетом материјалу и на доказивање спорних тврдњи које су дефинисане већ на припремном рочишту. Управо због тога већ на припремног рочишту је суд дужан да врши своју дужност упућивања и да омогући свестрано расправљање предмета спора на главној расправи. Дакле, на том рочишту је суд дужан да укаже да дефиците процесног материјала спрам своје правне оцене спора (чл. 305 ст. 2 ЗПП). Како је речено, то и сам ЗПП налаже, јер суд треба да утврди на припремном рочишту која ће се правна питања расправљати (чл. 308 ст. 2), што претпоставља да претходно постоје

¹⁵ Уп. *Fucik in Rechberger*, ZPO³ § 179 Rz. 4; *OGH 4 Ob 50/60s RZ 2006*, 231 = SZ 2006/62; 7 Ob 253/04р JbI 2005, 466 = SZ 2005/3.

¹⁶ Судија може да одреди тужиоцу рок за поднесак у којем ће се изјаснити о наводима туженог из одговора на тужбу, па ако тужилац пропусти овај рок, преклузија може да наступи, § 296 ст. 1 нГрп; уп. *Rosenberg/Schwab/Gottwald*¹⁷, § 68 Rn. 29, 34; *Greger in: Zöller*, ZPO²⁶, § 296 Rn. 5; *BGH VII ZR 71/82 JZ 1983*, 309 = NJW 1983, 575 = BGHZ 83, 31.

¹⁷ Тако међутим Образложење ЗПП, 113.

¹⁸ Уп. *Јакшић*⁶, т. 778 и след. За немачко стање веома репрезентативно *Leipold ZZP 93 (1980)*, 237 (243/244): „Право на саслушање није никаква минимална гаранција, већ централни уставноправни принцип за обликовање судског поступка [...] Због тога се захтеви за брижљивост [у погледу припремања за расправљање, прим. *М. К.*] морају тумачити већ у светлу права на саслушање– они не смеју да преоптерете странку“.

чињенице које се односе на таква правна питања; уколико није изнет процесни материјал, суд треба да укаже на потребу изношења.

Међутим, у одредбама које регулишу главну расправу задржане су одредбе које се односе на дужност упућивања на рочиштима за главну расправу. Наизглед, то је противуречно самом концепту; нове чињенице и докази су начелно забрањени у том стадијуму, па суд не би ни требао тада да врши дужност упућивања. Стога би чл. 313, али и чл. 326 ст. 2 ЗПП, били страна тела у новој концепцији и омашка законодавца који није водио рачуна да мења дотадашњи систем. Таквим схватањем би се у резултату дошло и до тезе о преклузији судијске дужности питања. Закључењем припремног рочишта суд више и не сме да поставља питања странкама ради изношења новог дефицитарног материјала.

Оваква противуречност је само привидна, и не може се никако одбранили теза о преклузији дужности питања. Тиме се обесмишљава сама идеја која је подлога постојању опште дужности питања. Уколико се пође од системског и вредносног сагледавање новог концепта могуће је превладати и овакве привидне редакцијске омашке.

Смисао увођења преклузија је свакако концентрација процесне грађе на почетку поступка и омогућавање бржег окончања спора. У том смислу је то и сваљивање одговорности за убрзање поступка на странке. Припремно рочиште није без разлога одабрано за границу преклузије. На њему се по први пут странке сусрећу са судом, то је почетак правог, усменог расправљања. Суд има дужност да омогући свестрано расправљање предмета спора, што он чини већ на припремном рочишту када у пуном виду врши дужност упућивања. Његов је задатак да се стара да странке, спрам његове правне квалификације, испуне своје терете: да поставе тврдње, да се изјасне о битним тврдњама противника, и да предложи доказе за битне и спорне тврдње. То може да учини само ако припремно рочиште не буде формални састанак субјеката поступка на којем треба само да се одреди број рочишта у смислу временског оквира. Оно треба да буде право рочиште на којем странке износе своје тврдње, изјашњавају се о тврдњама противника и предлажу доказе, док суд каналише расправу и указује странкама на све аспекте спора који би требали да се расправе. Управо због тога чл. 313 и 326 ст. 2 ЗПП морају да важе и на припремном рочишту. Везивање преклузије за закључење припремног рочишта је тако можда и логично, јер се на њему прави план главне расправе.

Међутим, дужност упућивања није везана само за припремно рочиште, иако би у највећем броју случајева тако требало да буде. Садржина дужности питања је везана за судијску правну оцену спора. Она је све до закључења главне расправе само једна радна верзија правне квалификације, подложна мењању. Због тога је сасвим могуће да суд тек на главној расправи уочи да је сам погрешно на припремном рочишту, па зато и није испунио своју дужност у правцу у којем је требао. Један аспект спора који до тада није био актуелан тада постаје актуелан, а у погледу њега постоје дефицити процесног материјала. Суд тада мора да омогући расправљање и у том аспекту, што ће учинити постављем питања ради добијања новог процесног материјала. Тада је навођење нових чињеница и доказа под ударом

преклузије само привидно. У таквој ситуацији не може се никако ни претпоставити да постоји кривица странака и да би због тога наступила преклузија. Истовремено питање суда усмерено на допуну процесног материјала, и неуважавање таквог материјала због преклузије, доводи дужност суда до апсурда, тј. то је управо тумачење чл. 313 *ad absurdum*.¹⁹ Заправо, целокупна проблематика преклузија је неодвојиво везана за дужност суда да се предмет спора свестрано претресе. Питање кривице странака као основног и јединог оријентира (не)уважавања нових чињеница и доказа након припремног рочишта се не може сагледати и схватити изоловано од судијске дужности питања, тј. кривице суда. Другим речима, одговорност странака и саодговорност суда су комплементарне и прожимају једна другу.²⁰

Пошто суд треба од странака да захтева удовољавање својим теретима, он треба да првом приликом то и учини. Испуњавањем своје дужности он је омогућио странкама да изнесу нове чињенице и доказе. Након тога, нове чињенице и докази су заиста допуштени само ако странка учини вероватним да без своје кривице није изнела раније, што се своди на то да странка није знала, нити је могла да зна за такав процесни материјал. Но, уколико суд и није тражио допуну од странака, дакле није испунио своју дужност упућивања, па касније након припремног рочишта ипак то учини, реакција странака на питања суда у види изношења дефицитарног процесног материјала никако не спада у недопуштене новоте. Странке нису својом кривицом остале пасивне, већ управо зато што суд није на време испунио своју дужност упућивања. Он у том тренутку то можда и није сматрао за потребно, јер је пошао од једне квалификације спора, али је касније њу изменио, па се показује да спрам такве нове квалификације постоје дефицити у процесном материјалу. Уколико се не би прихватио такав став, онда би или једној странци било повређено право на саслушање, или би морало да се узме – ради заштите странака – да суд не може да мења правну квалификацију спора. Наравно, ова друга опција је незамислива и нема нити ослонац у закону, нити је логична. Квалификација спора је све до пресуде само радна верзија од које се може, али и када се уочи да је погрешна мора одступити. Дужност питања је логички везана за правну квалификацију спора, што значи да свако мењање правне квалификације које са собом показује дефицит процесног материјала мора да буде праћено и новим питањима упућеним странкама. Она је, како то *Шумахер* назива, динамичка, јер је и правна оцена спора током целог првостепеног поступка само *ex ante*.²¹

С друге стране, сасвим је могуће да је суд једноставно занемарио испуњавање своје дужности, па због тога тек након припремног рочишта уочава дефиците. И тада има дужност да путем чл. 313 ЗПП затражи процесни материјал. Наиме, систем је замишљен тако да заиста функционише. Како је дужност питања

¹⁹ У том смислу репрезентативно закључује *OLG Hamm* 20 U 46/03 NJW-RR 2003, 1651.

²⁰ Тако и за словеначки систем *Галич* ЗбоЗГ 63 (2013), 799 (810); за немачко право в. горе § 9 VI 7, за аустријско § 12 V 6.

²¹ *Schumacher*, 15. На исту мисао упућује и *Трива* када истиче нужност да суд перманентно преиспитује своју правну квалификацију и да у складу са тим и врши дужност упућивања; *Трива*, Есеј о отвореном правосуђењу, 209 (216).

фундирана у ЗПП, странке се при постављању својих тврдњи руководе ставом суда. То је и логично, јер је суд тај који суверено квалификује спор. Уколико суд не врши своју дужност, то је јасан сигнал странкама, а пре свега адвокатима који и разумеју интеракцију питања суда и правне оцене, да дефицити не постоје. Изношење новог процесног материјала који суд не тражи је узалудан посао, јер се већ из пасивности суда види да је он непотребан. Управо због тога изношење материјала који је релевантан, а за који суд није тражио допуну, не потпада под преклузију. И у ЗПП важи иста мисао као и у Немачкој да странке нису приморане да износе и нагомилавају процесни материјал из предострожности, како би избегле последице преклузије. У томе је и смисао целог концепта преклузије и потврда да у српском систему не важи евентуална максима. Да важи, онда не постоји ни један разлог да постоји чл. 313 ЗПП, штавише, евентуална максима би била замислива само уз укидање принципа *iura novit curia*. Само у тој хипотези би странке могле разумно и правично да снесу потпуну одговорност за благовремено изношење процесног материјала. Занемаривање одредаба о материјалном управљању парницом и саодговорности суда у примени правила о преклузији је контрадикторно садашњем систему, и води дегенерисаном поступку.

У закључку треба констатовати да не постоји преклузија за суд да испуни своју дужност упућивања.

В. Стандард непостојања кривице странака као услов за допуштеност новота у првостепеном поступку

Из аргументације у погледу непостојања преклузије дужности питања у првостепеном поступку се види и основни критеријум за схватање чл. 314 ЗПП, тј. допуштености новота. Једна од фундаменталних карактеристика правичног поступка правне државе је забрана сваљивања одговорност на странке за оно што је уједно и сопствена грешка суда. Према томе, уколико суд не испуни своју дужност на припремном рочишту, тј. ако прекрши чл. 305 ст. 2, 308 ст. 2 ЗПП, касније изношење процесног материјала који би странка изнела да је била питана, тј. да није било наведеног кршења, не може да се подведе под њену кривицу. Тек када суд испуни своју дужност питања и учини све аспекте спора предметом расправе – како оне на који се односи већ постојећи процесни материјал, тако и оне у погледу који постоји дефицит – може се говорити о преклузији која погађа странке. Обрнуто, све док је изношење процесног материјала након припремног рочишта узроковано и радом суда, тј. прецизније нерадом, кривица странке не постоји.²² То је заиста јединствено схватање и аустријске и немачке доктрине и праксе, где је ублажено расправно начело стављено у потпуности у контекст правила о преклузији и идеји убрзања поступка. То је права мера и преклузије у ЗПП, јер би у супротном била обесмишљена саодговорност суда, која је основа самог поступка, а уз то довело би се у питање право на саслушање странака и у том смислу право на правично суђење.

²² Тако и *Јакшић*⁶, т. 809, са позивом на немачку доктрину и праксу; *Г. Станковић*, ЗПП³, 127.

3. Оцена система преклузија с обзиром на резултате истраживања

Постојећа доста жестока критика литературе упућена новоуспостављеном концепту преклузија уколико се стави у контекст саодговорности суда, која је неспорна управо за критичаре преклузије, показује да наведени систем није (толико) погубан по остварење циља поступка у виду исправног пресуђења. Како је речено, аустријски и немачки систем добро функционишу не само зато што странке благовремено износе процесни материјал, већ и зато што се правила о преклузији схватају у складу са идејом о саодговорности суда. Другим речима, концепт преклузија није довео до преобликовања поступка у којем се странкама не обезбеђује суштинско право на саслушање, односно у којем се не тежи исправном пресуђењу.²³

У складу са наведеним, решење ЗПП није ни превелико оптерећење по странке, па и у случајевима да су оне неуре. Све док се правила о преклузији не схватају изоловано, што је немогуће, она имају потенцијал да остваре своју сврху, коју је још *Клајн* формулисао у виду брзог и исправног пресуђења. За то је, међутим, потребно имати на уму да у ЗПП важи ублажено расправно начело. Уколико судови крше дужност која им се налаже, и ако се правила о преклузији не схвате кроз сопствену саодговорност, постоји опасност да се заиста обесмисли парнични поступак и да он постане „симулација суђења“.

²³ За исти закључак у погледу доста сличног стања у словеначкој литератури *Галич* ЗбоЗГ 63 (2013), 799 (807 и след.).

§ 26 Истражна овлашћења парничног суда

I. Истражна овлашћења у општем парничном поступку

1. Истражна овлашћења у вези са недозвољеним располагањима

A. Уводне напомене

Од ЗПП 56 домаће процесно право садржи општу границу ублаженог расправног начела у виду истражних овлашћења суда у случајевима тзв. недозвољених располагања. Она се манифестују на сва три израза слободе и одговорности странака. Тако, уколико постоји опасност да се путем неизношења тврдњи располаже захтевом којима странке не могу да располажу, суд је овлашћен да утврђује чињенице које се управо не износе – негирање терета тврдње (чл. 7 ст. 3 ЗПП). Уколико се признањем тврдњи ствара опасност да се дође до располагања таквим захтевом, суд није везан за њега (чл. 230 ст. 2 ЗПП). У том случају, као и уопште у случају опасности од недозвољеног располагања, суд је овлашћен да изведе доказе и по сл. дужности – суспензија субјективног терета доказивања (чл. 7 ст. 3 ЗПП).

Проблем истражних овлашћења суда је, како се види, везан за сам појам недозвољених располагања. Цитиране одредбе упућују на сада већ чувени чл. 3 ст. 3 ЗПП и дефиницију недозвољених располагања. По њему, она су таква располагања која су у супротности са принудним прописима, јавним поретком, правилима морала и добрим обичајима. У чл. 3 ст. 3 ЗПП се мисли пре свега на располагања предметом спора (признање и одрицање од тужбеног захтева, судско поравнање), али се путем других одредаба, као што је речено, проширује појам „недозвољеног располагања“ и на располагања идеалним чињеничним стањем.

С једне стране овакво уређење је на први поглед сасвим логично, а с друге стране и јасно. Наиме, уколико се ради о располагањима, дакле манифестацији воље странака која веже суд, а која су супротна, пре свега, принудним прописима и јавном поретку, оне се не могу респектовати. Ни у материјалном праву приватна аутономија није неограничена, већ је управо, веома слично, ограничена (чл. 10 ЗОО). С друге стране, јасан је и појам недопуштених располагања; принудни прописи су нормe императивне природе, који се разликују од диспозитивних норми; јавни поредак је скуп основних вредносних правила државног и друштвеног уређења; правила морала су владајућа схватања нормативне свести грађана.

Ипак, уређење недопуштених располагања, тиме и истражна овлашћења суда су све само не јасна целина. Већ околност да се уводе материјалноправна вредновања доводи до постављања додатних питања, пре свега смисла императивних норми и њиховог циља. Даље, надовезујући се на то, и њиховог процесног значаја, што узрокује нужност „растављања“ механизма појма процесног располагања, у који спадају како располагања предметом спора, тако и располагања идеалним чињеничним стањем.

Б. Појам недопуштених процесних располагања

а) Појам и смисао процесног располагања уопште

Процесно располагање као појам подразумева страначку детерминацију мериторног резултата поступка, које може бити изричито или посредно. Оно је као такво скупни појам који обухвата располагање предметом спора и располагање идеалним чињеничним стањем. На овакво одређење не утиче схватање које се заступа у овом раду, да располагање идеалним чињеничним стањем не спада у начело диспозиције. То, свакако, остају само условљена располагања, јер она у свом резултату зависе од правног схватања суда.¹ Но, вољом странака се заиста *може*, дакле не мора увек, доћи до посредне детерминације резултата пресуђења. Пресудан је утицај на пресуђење.²

Располагање предметом спора, пре свега признање и одрицање од тужбеног захтева, представља искључиво страначко детерминисање садржаја пресуђења. Уколико се захтев признање, доноси се само на основу тога усвајајућа пресуда (пресуда на основу признања), без обзира на конклузивност тужбе.³ *Mutatis mutandis* за одрицање. У методолошком смислу, у потпуности се суспендује класичан судски силогизам: нити суд утврђује стање ствари, па макар и само спрам тврдњи, признања и доказивања, нити он примењује материјално право на такво утврђење. Другим речима, искључује се његово право испитивања основаности тужбеног предлога. Њему се намеће став о томе. Још прецизније, суду се у том случају имплицитно намеће став о (не)испуњености диспозиције норми које спрам стања ствар треба применити, и следствено томе намеће му се опет имплицитно закључак о (не)постојању правних последица предвиђених таквим нормама.

У спору ради накнаде штете, признањем захтева се суду имплицитно намеће став о испуњености елемената диспозиције чл. 154 ЗОО, и следствено томе и став о наступању правне последице – материјалноправном захтеву за накнаду штете. Обрнуто, у случају одрицања, њему се имплицитно намеће став о неиспуњености таквих елемената, односно о ненаступању захтева за накнаду штете.

¹ В. горе § 3 III 3.

² У том смислу се и у немачкој доктрини, када се говори о процесним располагањима, истиче утицај странака на подлогу за пресуђење (*Parteia Einfluss auf die Urteilsgrundlagen*); уп. *Wüsthwein, passim*.

³ Владајуће схватање, уместо свих *Јакшић*⁶, т. 2664. С друге стране, ослањајући се на *М. Марковића*, данас има оних који захтевају да се пресуда на основу признања доноси само ако је тужба конклузивна, с тим да се не даје аргументација; тако *Г. Станковић*⁷, 461; *Боранијашевић*, 77. Наведено се не може прихватити, јер оно с једне стране обесмишљава признање тужбеног захтева, с обзиром да га своди, заправо, на признање свих тврдњи тужиоца. С друге стране, оно је тешко одбрањиво с обзиром на законску редакцију и важеће начело диспозиције. На крају, цитирани аутори за пресуду на основу одрицања не захтевају одговарајућ захтев у виду неконклузивности тужбе. Но, или ће се дозволити искључиво детерминисање садржаја пресуђења обема странкама, и то на своју штету, или ће се за обе оно ограничити, управо са „забраном самоповређивања“. Ова друга опција је спрам вредновања слободе и одговорности странака неприхватљива.

Располагање идеалним чињеничним стањем подразумева само парцијалну суспензију судског испитивања. Или се кроз неиспуњење терета тврдње суду намеће закључак о (не)испуњености једног елемента диспозиције нормe, или се кроз признање тврдњи намеће став о доњој премиси која се односи на један такав елемент, или се кроз непредлагање доказа њему, у највећем броју случајева, намеће опет став о (не)испуњености таквог елемента. Дакле, на различите начине се утиче на пресуђење, али само посредно и условљено.

Сходно изложеном, може се закључити да и поред разлика постоји заједнички смисао располагања предметом спора и идеалним чињеничним стањем, што оправдава појам процесних располагања. То је суспензија судијског испитивања и наметање става о (не)испуњености елемента диспозиције норми које треба да се примене спрам стања ствари. Такође, обе врсте располагања имају исто оправдање у виду преношење вредновања приватне аутономије на поступак у којем се расправљају и решавају спорови. Не ради се о логичкој нужности, и о томе је било речи на одговарајућим местима, па се зато упућује на тамо дату аргументацију.⁴ Овде је битно да је воља странака пресудна за било који вид „наметања“ суду одређеног става. То је оправдано јер је то прикладно за спорове о правним односима у којима ван поступка влада приватна аутономија.

б) Елементи појма недозвољених располагања

аа) Противност императивним одредбама

Једно од устаљених објашњења недозвољених располагања је позивање на примењивост једне императивне нормe. Наиме, ако спрам стања ствари треба да се примени и императивна одредба, онда долази – чини се – аутоматски до суспензије било каквог располагања, а нарочито располагања идеалним чињеничним стањем. Јер, ради се управо о нормама за чију примену није релевантна воља странака. Оне морају да буду примењене на класичан начин неспутано од страначког држања. То произилази, дакле, из природе норми.⁵

Такво схватање се не може прихватити, јер се губи из вида поливалентни смисао императивних норми у грађанском праву, који своје исходиште има у њиховој сврси, и следствено томе, има утицај на приватну аутономију. Наиме, нису све императивне нормe израз чистог јавног интереса, и у складу са тим не постоји за све исто вредновање. Неке од њих су изрази заштите самих учесника правног промета, и установљене су из различитих правнополитичких разлога само у њихову корист. Ако се то има у виду, онда би такав смисао морао да има утицаја и на питање недозвољених располагања.

⁴ § 6 I 2.

⁵ Тако изричито за истражна овлашћења онда када се ради о примени когентних норми: *М. Марковић*, ГПП I/1, 83, 85; *Цуља у: Цуља/Трива*, Коментар I, 25; *Г. Станковић у: Новине у ГПП*, 22; уп. и *Боранијашевић*, 76: признање захтева је допуштено само ако се ради о односима који су регулисани диспозитивним нормама.

Типичан пример за такве императивне норме су све оне које дају право на поништај једног правног посла, или једног акта. Примера ради, одредбе о свеобухватним дужностима трговаца да обавештавају потрошаче су редиговане тако да произилази да су то императивне норме.⁶ Ипак, последица кршења таквих дужности, тј. таквих норми, доводи до настанка права на поништај уговора, што је једно субјективно право потрошача којим он слободно располаже. Према томе, у спору у којем се захтева поништај уговора није замисливо да дође до недозвољеног располагања. Сама околност да у примени права за то конкретно стање ствари партиципира једна императивна одредба, не значи још суспензију начела диспозиције и ублаженог расправног начела. Још је репрезентативнији пример отказа уговора о раду трудници. Забрана отказа трудници (чл. 187 ст. 1 ЗР) је несумњиво императивне природе, али у спору поводом поништаја отказа постоји неокрњена могућност процесног располагања. Тужиља сме да се одрекне тужбеног захтева, без обзира што је, евентуално, очито да је незаконит отказ. Тиме се заиста намеће став суду да услови за поништај отказа нису испуњени, с обзиром да одбијајућа пресуда подразумева и контрадикторну супротност. Сходно томе, тужиља има у потпуности и терет тврдње, признање тврдњи везује суд, и на крају постоји субјективни терет доказивања. Другим речима, нема ни истражних овлашћења. Јер, примена императивне одредбе не доводи до тога да се по сваку цену мора испитати да ли заиста није било услова за отказ. Грађани слободно располажу својим радноправним статусом, па би било незамисливо да се одрицање од тужбеног захтева у овом случају прогласи недопуштеним располагањем. То би у крајњој линији значило да се тужиља приморава да ради.

На основу реченог се показује да постоје различите императивне норме материјалног права, које имају другачији процесни третман у смислу процесних располагања. Питање које се нужно поставља јесте када ће заиста бити онемогућено процесно располагање, јер би оно било (потенцијално) супротно принудним нормама. До таквог закључка се долази само вредновањем сваке појединачне императивне одредбе, односно њеним смислом и циљем. Уколико је она установљена несумњиво ради заштите јавних интереса, и ако њена заштитна функција превазилази појединачне интересе, онда је то зона примене чл. 3 ст. 3 ЗПП и других норми које упућују на њега. Класичан пример би биле одредбе о ништавости у смислу забрањених уговора. Они су забрањени, јер је то јасан став законодавца да они не смеју да производе правно дејство, ма колико то странке желеле. У обзир може да дође и ништавост због недостатка прописане форме уговора, с тим да је нужно да је она прописана из разлога јавног интереса, а не само ради појединачних. Према томе, ако се претходно заузме став да је јавнобележничка форма уговора о промету права на непокретностима установљена не само ради заштите уговарача, већ и из фискалних разлога, онда би такве одредбе спадале у

⁶ За параметре квалификације норме као императивне спрам редакције уп. *Водинелић*, т. 414; за квалификацију оваквих „информативних дужности“ трговца према потрошачима као когентним нормама уп. *Водинелић*, т. 421 *in fine*.

зону примене чл. 3 ст. 3 ЗПП.⁷ Но, већ прописана форма уговора која нема оправдање у јавном интересу, показује сву релативност. У немачкој доктрини је доста заступљен став да у том случају уопште не долази до недозвољеног располагања, јер императивна норма подразумева да уколико тако не жели, странку нико не може да принуди да испуни обавезу из ништавог уговора због недостатка форме. Међутим, уколико она то жели, па и кроз признање тужбеног захтева, не постоји стварни разлог да се негира њена слобода.⁸ Ипак, и ово схватање се враћа на материјалноправно вредновање и уређење кондикције у немачком грађанском праву, као и на могућност санирања недостатка форме уговора кроз испуњење уговора.

Надовезујући се на речено, постоји и разлог за даље диференцирање императивних одредби у контексту чл. 3 ст. 3 ЗПП. Уколико је смисао концепта недозвољених располагања омогућавање суду да слободно примени једну императивну норму која је израз заштите јавних интереса, онда се питање може поставити управо у том смеру: Да ли је свако располагање којим се суду намеће став о правној последици императивне норме недозвољен? Наиме, као и свака норма, тако се и императивна норма може применити позитивно и негативно. Гледано с аспекта заштитне функције императивне норме, могуће је да суд призна наступање правне последице која је изражава, али могуће је и да суд, спрам стања ствари, закључи да она није наступила.

Примера ради, у спору поводом утврђивања недостојности за наслеђивање, суд може да утврди да је тужени нпр. оставиоцу ускратио нужну помоћ, и да тиме призна наступање заштитне правне последице – недостојност за наслеђивање. С друге стране, суд може да утврди да тужени није ускратио нужну помоћ оставиоцу, када одриче наступање такве правне последице – тужени није недостојан.

Јасно је да у овом премеру странке не могу суду да наметну став да је тужени достојан, јер тиме обесмишљавају императивност и заштитну функцију недостојности за наслеђивање.⁹ Стога: тужилац не може да се одрекне тужбеног захтева; он нема терет тврдње и субјективни терет доказивања у односу на чињенични склоп који се односи на недостојност; суд не везује признање тврдњи из којих произилази достојност за наслеђивање. Но, питање је да ли тужени може да призна захтев, односно да ли признање тврдњи да је тужени ускратио нужну помоћ оставиоцу везује суд? За одговор на постављено питање је пресудан смисао недозвољеног располагања, као и последица наведених радњи. Као концепт оно постоји управо да се не би дошло у ситуацију да се заобиђе заштитна функција императивних норми која изражава јавни интерес. Не може се допустити да суд непроверено узме да није наступила заштитна правна последица. Чини се да обрнуто може, јер тиме никако није угрожен јавни интерес. Исто тако, такав исход се мора ставити у контекст конкретног резултата. У овом примеру то би било –

⁷ Сходно чл. 4 ст. 6 ЗПромНеп јавни бележник је дужан да достави оверени препис јавнобележничког записа о закљученом уговору о промету непокретности надлежном органу за утврђивање и наплату јавних прихода, и то у року од 10 дана од сачињавања записа.

⁸ Уп. *Henckel*, 136 и след.

⁹ За смисао и природу недостојности уп. *Ђурђевић*, Институције наследног права³ (2011), т. 81.

суштински – одрицање од наслеђивања. Тужени признањем захтева доводи до тога да он није наследник, тј. иста правна последица наступа као да се одрекао наслеђа. Право на наслеђе је субјективно право којим се слободно може располагати, па зато спрам материјалноправног вредновања признање захтева за утврђење недостојности никако није противно принудним прописима.¹⁰

Према томе, треба закључити да је недозвољено процесно располагање само оно које суду намеће став – непосредно или посредно – да није наступила правна последица императивне норме која је израз заштите јавног интереса. Обратно, располагање које намеће суду став да је управо наступила таква последица није недозвољено.

бб) Противност јавном поретку, правилима морала и добрим обичајима

Располагање противно јавном поретку би било замисливо у случају да се признаје захтев који је уперен на неку кажњиву радњу, или признање захтева чија је материјалноправна подлога апсолутно ништав правни посао који је уједно и противан јавном поретку.¹¹

Као репрезентативан пример из праксе у погледу располагања које је противно моралу се може навести признање тужбеног захтева у тренутку када је због (хипер)инфлације он обезвређен.¹²

вв) Слобода располагања у материјалном праву и недозвољено располагање

Недозвољена располагања се често доводе у везу са непостојањем права располагања субјективним правом поводом кога се води спор. То се понекад и идентификује са питањем уређености правног односа о коме се води спор, па тако околност да је он уређен диспозитивним нормама подразумева и материјалноправно право располагања, и обрнуто: уређеност императивним одредбама значи и недиспозибилност субјективног права. Развијена дискусија у немачкој доктрини показује да се питање диспозибилност субјективног права не може постовећивати са уређености диспозитивним нормама, као и да уређење поступка у смислу субјективних граница правноснажности битно мења концепцију. То има и последице на питање недозвољених процесних располагања.

Тако, примера ради, диспозибилност правом није угрожена уколико закон предвиђа само одређени начин његовог располагања, за шта би данас био репрезентативни пример отуђења непокретности. Како је речено, може се резоновати да је јавнобележничка форма установљена и из јавног интереса, па се с тога спор поводом испуњења уговора о промету непокретности који није закључен у

¹⁰ Ради се о веома спорном питању у немачкој теорији, која утиче и на питање расправног начела; уп. *Henckel*, 135 и след.; *Würthwein*, 109 Fn. 40; *Cahn* AcP 198 (1998), 35 (54 и след.); *Leipold* in: *Stein/Jonas*, ZPO²², vor § 128 Rn. 183 са упућивањем на праксу.

¹¹ Репрезентативан пример за такав правни посао је уговор о куповини младе; уп. *АС НС* Гж 562/10 Билтен АС НС 1 (200), 57 и след.

¹² Уп. *Г. Станковић* Билтен ВСС 2/2006, 211 (222/223 са даљим упућивањима).

таквој форми заиста тиче диспозибилност права, али опет долази до сужавања слободе странака. С друге стране, да право располагања субјективним правом нема ни значај који би могао да му се придаје, показује располагање предметом спора ради утврђења права својине. Наиме, уколико се признаје позитивно одређен захтев за утврђење права својине, уопште се не поставља питање да ли је можда неко трећи, ко није странка у поступку, заиста власник. Ако јесте, онда је питање како тужени може да располаже предметом спора, када он у стварности ни нема право својине, следствено томе ни право располагања субјективним правом. Међутим, то је свакако могуће, јер субјективне границе правноснажности штите правог власника. На крају, таква пресуда не обликује материјалноправно стање, већ се само ради о располагању исхода поступка.¹³ Према томе, може се закључити да нема недозвољеног располагања уколико ради о *in abstracto* спору о диспозибилним субјективним правима. Тада је једини параметар недозвољених располагања питање противности принудним прописима као таквим.

С обзиром на речено, с друге стране, може се закључити и да недиспозибилност једног субјективног права *in abstracto* доводи до немогућности процесног располагања. За то је пример право на издржавање, с обзиром да је изричито прописано да материјалноправно одрицање не производи правна дејства (чл. 8 ст. 2 ПЗ). Следствено томе, није могуће ни одрицање од тужбеног захтева којим се захтева давање издржавања.¹⁴

в) Превентивна функција концепта недозвољених располагања

Доста присутно оправдање концепта недозвољених располагања наглашава његову превентивну функцију, али у смислу превенције злоупотребе процесних института. Дакле, превенција је усмерена на онемогућавање да странке дођу до неприхватљивих резултата „који представљају негацију правосуђа и заштите чијем је остварењу оно намењено“.¹⁵ У оваквом наглашавању превентивне функције нема ничег погрешног, али се губи из вида и друга страна исте функције. Исто тако, опасност од недозвољених располагања прети и онда када странке немају ни најмању намеру да злоупотребе процесне институте, већ једноставно или желе да брже окончају спор, или ни не знају да тиме, евентуално, „располажу захтевом којим не могу“ спрам чл. 3 ст. 3 ЗПП. У том смислу концепт недозвољених располагања није израђен само због странака које путем слободе која им је принципијелно загарантована у парници желе да дођу до неприхватљивих резултата спрам правног поретка. У доста случајева, сасвим је замисливо да се након процесног располагања, за који је неизвесно да ли је недозвољено или не, дође до истог резултата као да се оно допустило. Смисао целог концепта није у превенцији злоупотреба, већ у превенцији резултата који су недопуштени спрам вредновања

¹³ Тако *Würthwein*, 109; уп. и *Henckel*, 135.

¹⁴ Тако и у немачком праву, с обзиром да § 1614 нГЗ предвиђа немогућност материјалноправног одрицања од будућих захтева за издржавање; *Vollkommer* in: *Zöller*, ZPO²⁶, vor §§ 306, 307 Rn. 9a.

¹⁵ *Трива/Белајец/Дика*⁶, 106.

јавног интереса. У свим случајевима када резултат процесног располагања прети да угрози јавни интерес, мора се превентивно деловати, што је изузетно важно управо за питање инквизиторних овлашћења. Она су готово логичка нужност концепта недозвољених располагања. Јер, уколико је циљ да се суду не може наметнути став да је није наступила заштитна правна последица императивне норме, онда је логично да у случају да нема процесног материјала у том погледу, да суд има истражна овлашћења. Другачије он ни не може да делује превентивно.

В. Истражна овлашћења суда

а) Повод за истражна овлашћења

Према ЗПП, истражна овлашћења суда постоје у сва три вида: самостално утврђивање чињеница, невезаност признањем тврдњи и извођење доказа по сл. дужности. Сходно редакцији одредба чл. 7 ст. 3, 230 ст. 2 ЗПП, истражна овлашћења би постојала само ако би странке имале намеру да кроз механизам ублаженог расправног начела „располажу захтевима“ противно чл. 3 ст. 3 ЗПП. Како је већ речено, *Познић* је с правом довео у питање схватање које би произилазило из језичког тумачења. Са тим се треба сложити, јер цео институт недозвољених процесних располагања, тиме и истражна овлашћења, имају превентивну функцију која је независна од намере странака. У супротном, обесмислио би се сам концепт.

Истражна овлашћења суда се спрам повода могу поделити на две групе. Прва су она која служе за испитивање да ли је располагање предметом спора заиста противно чл. 3 ст. 3 ЗПП. Друга се везују искључиво за располагања идеалним чињеничним стањем.

За прву групу је карактеристично да је располагање само потенцијално недозвољено. Ради се о случајевима у којима се суду кроз располагање намеће став да није наступила заштитна правна последица императивне норме, а спрам стања ствари је то неизвесно. Не постоје одговарајуће тврдње које се тичу елемената диспозиције такве норме, или нема доказа на основу којих се може закључити да није наступила правна последица. Суд тада ни не зна да ли се ради о недозвољеном располагању. Смисао целог концепта оправдава истражна овлашћења у погледу наведених чињеница, јер се само тада може и остварити превентивна функција. Управо се о томе и говори у чл. 348 ст. 3, 349 ст. 4 ЗПП, када се предвиђа да ће суд одложити доношење пресуде на основу признања/одрицања ако је потребно да се прибаве обавештења о околностима које се тичу недозвољених располагања.

Истражна овлашћења из друге групе претпостављају да није дошло до располагања предметом спора, већ само идеалним чињеничним стањем. То је пре свега признање тврдњи – изричито или фингирано, па и у смислу пропуштања одговора на тужбу, или изостанка туженог (*arg.* чл. 350 ст. 4, 351 ст. 3 ЗПП). Даље, то је неудовољавање терету тврдње у погледу чињеница које се тичу позитивне примене императивне норме која спада у појам чл. 3 ст. 3 ЗПП. Сходно и за непредлагања доказа за истинитост таквих чињеница.

Примера ради, у парници ради исплате дуга, спрам стања ствари има индиција да се ради о зеленашком уговору, али тужени, на коме је спрам општих правила расподеле терета тврдње и доказивања, или не износи у потпуности све околности које су потребне за примену чл. 141 ст. 1 ЗОО, или и поред тога што их износи, не предлаже доказе у погледу њих.

За све случајеве ове групе истражних овлашћења је заједничко да суд не може да прихвати без провере резултате располагања. Он не сме да буде везан тврдњама из којих произилази да није наступила заштитна правна последица; не сме да због дефицита тврдње, применом норми терета тврдње, фингира да није наступила таква правна последица; не сме да само због дефицита доказних предлога дође у ситуацију *non liquet* спрам које би опет морао да фингира да није наступила правна последица. Смисао је исти као и код прве групе, а то је превентивна функција концепта недозвољених располагања.

Код недозвољених располагања која се односе на тужбене захтеве који су сами по себи противни пре свега јавном поретку, потребе за истражним овлашћењима уопште нема. Такав захтев, попут захтева да се туженом наложи извршење једне радње која је кажњива, сам по себи је неконклузиван, па суд нема ни шта да утврђује од чињеница. Такав захтев се једноставно одбија због неконклузивности.

б) Начин испуњења истражних овлашћења

Истражна овлашћења по дефиницији подразумевају суспензију концепта инхибиторијума суда у погледу држања странака. Он може и мора да истражује чињенице које странке нису ни споменуле, или само нису предложиле доказе у том правцу. Исто тако, суд није ни везан тврдњама. Свакако да је питање на који начин парнични суд, који не располаже било каквим помоћним истраживачким апаратом, уопште може да удовољи оваквој дужности. Он је и даље, превасходно, усмерен на странке, како се то и истиче у доктрини у погледу релативизовања вредности истражног концепта парничног поступка.¹⁶ Међутим, на овом месту се показује права вредност суспензије слободе и одговорности странака. Наиме, најмоћније средство суда је тзв. истраживачко доказивање, па тако у правцу сазнања чињеница у погледу којих и има истражна овлашћења он може да изводи доказе само у ту сврху; или може да изведе један доказ само ради сазнавања за друге доказе. Према томе, суд има одређени механизам на располагању како би удовољио својој дужности, али и даље остаје питање колико то може да дâ резултата.

¹⁶ Уп. већ *Lent ZJP* 63 (1943), 1 (27 и след.).

2. Проблеми који се јављају у погледу претходног питања

А. Појам и природа претходног питања и прејудицијума; постављање проблема

Претходно питање према општеусвојеној терминологији у теорији и пракси, ослањајући се на крају и на сам ЗПП, подразумева условљавајуће право или правни однос у односу на предмет одлучивања у парничном поступку, а које је подобно да буде главни предмет неког другог поступка (судског или управног).¹⁷ Даље, сасвим упрошћено, претходно питање се везује за начин његово решавања, с обзиром да од њега зависи и мериторна одлука о тужбеном предлогу. ЗПП је, наслањајући се на своје претходнике, усвојио решење по којем парнични суд може сам да реши претходно питање, наравно само за своје потребе – решење претходног питања не постаје правноснажно.

У доктрини је посвећена нарочита пажња разјашњавању дилеме у погледу природе претходног питања у смислу да ли оно има чињенични или правни карактер. Исто тако, постоји и додатна подела на претходно питање и прејудицијелни факт.

Чини се да је наведена дилема и расправа поводом ње отишла у погрешном смеру и да на крају добијени резултати не помажу пуно решавању конкретних (практичних) проблема. Ако се дилема сагледа из једног реалнијег јуридикског угла, који подразумева сагледавање механизма пресуђења парничног суда спрам – у далеко највећем броју случајева – грађанског материјалног права, види се да је дилема у потпуности безначајна и да се она решава онако како се решавају и други проблеми.

У парничном поступку суд одлучује о основаности тужбеног предлога тако што испитује да ли спрам утврђених чињеница и материјалноправне норме произилази његова основаност или неоснованост. Речено, свакако у методолошком смислу, подразумева судски силогизам. Претходно питање у парничном поступку се неизоставно везује за меродавну грађанскоправну норму и само наспрам ње се процењује да ли оно постоји или не. Дакле, када норма која се примењује као један од својих елемената диспозиције садржи и нешто што према чл. 12 ст. 1 ЗПП испуњава услове за претходно питање, онда, и само онда, постоји заиста претходно питање. Ван такве релације претходно питање је незамисливо. Стога је претходно питање оно које се мора „решити“ да би се норма применила и тиме донела пресуда. Тако гледано, претходно питање је само један од елемената диспозиције норме која се примењује и у том смислу се не разликује од других елемената који спрам ЗПП немају својство претходног питања. Његова посебност већ на материјалноправном плану је та што није дефинисано у норми у којој је садржано, већ је таква норма

¹⁷ Уместо свих *М. Салма*, Претходно питање, 23 и след.

упућујућег карактера, јер упућује на норме које се односе на такво право или правни однос.¹⁸

Тако норма реивиндикационог захтева (чл. 37 ст. 1 ЗОСО), која је у конкретном спору подлога за пресуђење, па је стога и питање својине претходно питање, упућује на норме ЗОСО о настанку права својине. Исто тако, норма захтева за накнаду штете у висини афекционе вредности (чл. 189 ст. 4 ЗОО), онда када је подлога за пресуђење, упућује на кривичноправне норме (на норме о кривичним делима чијим се извршењем може умишљајно уништити туђа ствар).

Види се да уношењем једног елемента диспозиције норме материјалног права који по дефиницији из ЗПП има значај претходног питања јавља нужност примене и других норми – норми које се односе на само претходно питање. Оне су као и све друге норме састављене од сопствених елемената, који, опет, могу бити нека друга права или правни односи, што значи и да долази до додатног упућивања. Тако гледано, у једној парници је могуће да спрам једног претходног питања заправо постоји додатно претходно питање, па би могло да се дође до конструкције „претходно питање претходног питања“.

У парници ради предаје ствари у којој је подлога за пресуђење спрам стања ствари реивиндикациони захтев, претходно питање је право својине. Међутим, спрам стања ствари питање својине зависи од деривативног стицања својине, па је тако примарно претходно питање (право својине) условљено сопственим претходним питањем (постојањем уговора). Стога постоји претходно питање претходног питања.

Ово се све наводи да би се показало да у процесну примене права претходно питање уопште нема никакво аутономно место. Оно је елемент диспозиције грађанскоправне норме која се примењује и које има правни карактер, што подразумева да испитивање да ли постоји или не зависи од конкретних чињеница. Наиме, свако правно питање, било оно претходно или не, зависи од конкретних чињеница, што би требало да буде неспорно. Стога је претходно питање колико правно, толико и чињенично. Закључак суда о конкретним чињеницама које се односе на испуњеност норми које се односе на претходно питање је несумњиво чињеничне природе, а супсумција таквих чињеница под такве норме је правно питање. У том смислу у контексту судског силогизма претходно питање је репрезентативан пример тзв. помоћног силогизма (*Hilfssyllogismus*).¹⁹

Дакле, за дилему да ли је претходно питање чињеничне или правне природе не важи никакав други критеријум од оног који важи за разграничење чињеничних и правних питања уопште. Дилема сама за себе према томе и не постоји.

Проблематика претходног питања везана за ублажено расправно начело је, заправо, само наслањање на проблематику претходног питања уопште, и настаје због уређења ЗПП. Наиме, за претходно питање је карактеристично то што оно

¹⁸ У том смислу на општем плану, дакле без обзира на постојање претходног питања, *Leipold*, *Beweislastregeln*, 15; за слично схватање из угла методологије права уп. *Larenz*, *Methodenlehre*⁴, 243: „упућујуће правне норме“.

¹⁹ За помоћни силогизам као заправо увек присутни део силогизма пресуде уп. *Rosenberg*, *Beweislast*⁴, 6. У сваком случају је нужно имати увек на уму да је долазак до пресуде условљен низом помоћних силогизама, што би требало увек да се манифестује у образложењу пресуде.

може да буде главни предмет неког другог поступка, па се проблем јавља у ставу законодавца да ли да омогући парничном суду да га сам решава или не. Требало би додатно појаснити дилему, јер спрам данашњег домаћег учења о правноснажности/коначности проблем је да ли у случају када надлежни орган (суд или орган управе) није још одлучио о претходном питању као о главном предмету поступка треба дати овлашћење парничном суду да га за своје потребе реши. Дилема се јавља само за претходна питања која иначе не спадају у редовни правни пут, јер за она која спадају је природно и логично да их парнични суд може решавати, наравно само за потребе конкретног поступка, тј. без материјалноправне правноснажности, с обзиром да одговарајућег захтева странака у том смеру нема.²⁰ ЗПП се определио за систем у којем парнични суд *може* да сам решава претходно питање које не спада у редовни правни пут. То значи да он може, али не мора, с обзиром да ако неће прекида поступак док се не оконча други судски или управни поступак. Проблеми који се јављају у контексту ублаженог расправног начела се везују за обе алтернативе. Наиме, уколико суд прекине поступак да би сачекао прејудицијум, односно уколико већ постоји прејудицијум, поставља се питање односа прејудицијума према процесу формирања чињеничног стања у парничном поступку. С друге стране, уколико суд сам решава претходно питање, поставља се проблем начина формирања чињеничног стања у том делу.

Б. Значај везаности суда за прејудицијум у смислу формирања чињеничног стања

Прејудицијум подразумева да је оно што се назива претходним питањем већ решено у поступку у којем се оно иначе решава као главно питање, па је оно стога правноснажно или коначно решено.²¹ Парнични суд је везан за прејудицијум, и проблем претходног питања се начелно не поставља. Он треба само да утврди постојање прејудицијума и његову садржину.²² Питање је да ли странке могу ипак да постављају чињеничне тврдње које се односе на прејудицијум, са намером да доведу до другачијег решења претходног питања, па чак и сагласно. Тако нешто није могуће, без обзира што се ради о парничном поступку у којем важи ублажено расправно начело, и без обзира што се претходно питање односи на одлуку у спору у којем нема јавног интереса да се искључи страначка слобода. Смисао везаност за прејудицијум је идеја правноснажност, односно коначности. Једном окончан поступак пред надлежним органом се не може више преиспитивати, наравно ван питања ванредних правних лекова у том поступку и према његовим правилима. У

²⁰ Уп. *Бодироба*, Међупресуда, 174 и след. 265 и след. који на примеру међупресуде посебно образлаже зависност материјалне правноснажности питања која спадају у редовни правни пут од начела диспозиције. С друге стране и од реченог постоји изузетак који је изграђен у пракси и доктрини, па тако постојање брака, очинство и материнство парнични не сме да решава као претходна питања; уместо свих *Познић*, Коментар, 43. Супротно део старије праксе, *ВСВ ЗСО XII-XV-1988-1990-132* (решавање питања ништавости брака); *ЗСО XII-XV-1988-1990-135* (решавање питања очинства).

²¹ У том смислу *М. Салма*, Претходно питање, 29.

²² Чини се да у том смислу *М. Салма* говори о прејудицијуму као чињеници у парничном поступку; уп. Претходно питање, 29.

границама правноснажности, односно коначности и сви други органи су везани за одлуку. Управо због тога је и парнични суд везан за прејудицијум, а чл. 12 ст. 1 ЗПП је само израз наведене идеје. С обзиром да у погледу правноснажности, односно коначности не постоји никако право располагања странака, и парнични суд је овлашћен да по сл. дужности „унесе прејудицијум“ у поступак. Није допуштено, примера ради, да странке забране суду да користи правноснажну кривичну пресуду у случају да је постојање кривичног дела претходно питање, нити се спрам идеје о везаности суда прејудицијумом може замислити да се суду наметне решење претходног питања другачије од прејудицијума. У том смислу, што се тиче ублаженог расправног начела, све чињенице које се тичу претходног питања су ирелевантне, јер је суд већ везан за решење претходног питања. Он нити може, нити сме да утврђује чињенице које се тичу претходног питања, јер је то узалудно када је он везан правном квалификацијом тих чињеница кроз решено претходно питање. У границама важења прејудицијума суд не сме уопште да утврђује чињенице, ма колико странке то сагласно захтевале. Друго је питање онда када треба да се утврде чињенице које се додуше односе на грађанскоправно претходно питање, али које нису обухваћене временским границама правноснажности таквог прејудицијума.

У претходној парници између странака је правноснажно утврђено да је тужилац власник ствари. Након тога тужилац захтева предају ствари од туженог. Тужилац прилаже прејудицијум, па је у том смислу у потпуности ирелевантна одбрана туженог којом он истиче да власник ствари није тужилац, већ неко треће лице, и то јер је тужилац за време претходне парнице отуђио ствар. Када би се утврдила таква чињеница тиме би се повредила сама правноснажност прејудицијума, јер њена временска граница апсорбује и ту тврдњу (преклузија кроз правноснажност). Међутим, уколико би тужени истакао да је тужилац отуђио ствар након правноснажности прејудицијума – што сигурно није обухваћено временским границама правноснажности – онда се о томе мора расправљати и могуће је да суд у резултату утврди да тужилац није власник. Правноснажност прејудицијума у том случају свакако није доведена у питање. Супротан закључак не само да није исправан, већ би онда довео до несагледивих последица, јер би примера ради доследно морало да се закључи да су недозвољени опозициони приговори у извршном поступку, с обзиром да су они засновани управо спрам временских граница правноснажности.

На овом примеру се види да је и за питање ублаженог расправног начела у наведеним ситуацијама од пресудног значаја уређење правноснажности, чиме се још једном показује сва комплексност поступка као целине. Идеја везаности за прејудицијум је заснована на немогућности преиспитивања резултата његовог силогизма, било спрам чињеничних аспеката, било спрам правних.

На основу реченог се може закључити да су све чињенице које спадају у временске границе правноснажности/коначности прејудицијума једна забрањена доказна тема. Међутим, она се разликује од других забрањених доказних тема у смислу признања тврдњи, јер је она у потпуности ирелевантна. Парнични суд уопште не користи такве чињенице, нити за потребу примене права и решења спора

утврђује било какве чињенице које се тичу претходног питања. Он има „готов производ“ у виду резултата помоћног силогизма.

В. Проблеми код самосталног решавања претходног питања

Парнични суд у случају када нема прејудицијума може сам да реши претходно питање. Уколико се одлучи на то, проблем везан за ублажено расправно начело испливава на површину онда када се упућује на примену материјалноправних норми које се иначе не примењују у парници, већ у поступку у којем не важи ублажено расправно начело. Другим речима, када претходно питање не спада у редован правни пут, и то у општи или неки посебан парнични поступак у којем се не одступа од ублаженог расправног начела. Свакако да је класичан пример кривичноправно претходно питање, јер у кривичном поступку и поред тога што се говори о негацији истражног начела, оно заправо важи. Но, хипотетички је могуће да се јавља и неко грађанскоправно претходно питање које спада у неки посебан парнични поступак у којем исто тако важи истражно начело. То би могло да буде, рецимо, породичноправно претходно питање, с тим да је важно напоменути да је владајуће схватање да се у општем парничном поступку и не могу самостално решавати таква питања; ипак, постоје и другачије одлуке.²³

Литература која се бавила овим питањем негира упућивање и на правила матичног поступка, с тим да се не даје даља аргументација. *Познић* у том смислу истиче да о претходном питању парнични суд расправља као и о сваком другом чињеничном или правном питању од кога зависи основаност захтева.²⁴ За *М. Салму* је много већи проблем упућивања одређивање стандарда доказа, и истиче да оно зависи од природе претходног питања, али и напомиње да је преовлађујући став упоредноправне теорије да се у погледу „утврђивања чињеница претходног питања“ примењује метод који се иначе примењује у парничном поступку, са чим се и она слаже.²⁵

У пракси не постоји изричито спомињање овог проблема, али се из аргументације у другом правцу може сасвим поуздано закључити да пракса негира упућивање на истражно начело, односно да признаје ублажено расправно начело и за решавање претходног питања. Наиме, проблем који се јавља у погледу кривичноправних претходних питања се у пракси, сасвим супротно јасном решењу ЗПП, своди на услове под којима суд уопште може да их решава. Чини се да је устаљена пракса још од седамдесетих година прошлог века да тако нешто долази у обзир само ако су постојале процесне сметње због којих је било апсолутно немогуће да се против учиниоца кривичног дела кривични поступак покрене и оконча (нпр. због смрти или душевног обољења окривљеног, застарелости кривичног гоњења).²⁶

²³ В. фн. 19.

²⁴ Коментар, 43.

²⁵ Претходно питање, 144.

²⁶ Тако већ ВСС ЗСО IV/3-1979-205; касније СС ЗСО XXIV/1-2000-79; ВСС Рев 59/99 Билтен ВСС 3/1999, 31 = ЗСО XXIV/1-2000-80; у резултату тако и УС Су I-400/1/3-11 Гласник АКВ 2013, 196. С друге стране *Познић* прихвата овакав став изричито за кривична дела као разлог за понављање

Поврх тога, а то је најбитније за питање које се овде поставља, инсистира се на томе да странка има терет тврдње о чињеницама које се тичу наведеног услова.²⁷ Сходно пракси, стога, за дозвољеност решавања кривичноправног претходног питања је нужно да се утврде посебне чињенице за које важи (ублажено) расправно начело. Ако је тако, онда се овом ставу може и приписати теза да за само решавање претходног питања опет важи (ублажено) расправно начело. То је закључак који је овде битан, а може се оставити по страни тешко разумљиво схватање о посебним условима за дозвољеност решавања кривичноправног претходног питања.

У прилог схватању да ипак решавање кривичноправног претходног питања подразумева и истражна овлашћења суда би могао да се наведе разлог природе кривичноправних норми. Оне су свакако императивне природе, што би имало за последицу према увреженом схватању литературе и истражна овлашћења суда; полази се од тога и онда кад се ради о грађанскоправним односима који су регулисани принудним нормама расправно начело не важи, већ заправо суд има истражна овлашћења из чл. 7 ст. 3, 230 ст. 2 ЗПП. Дакле, то би онда значило да приликом решавања кривичноправног претходног питања суд делује сходно цитираним одредбама истражно, што значи да нема нити терета тврдње, нити признања тврдњи, нити субјективног терета доказивања. Оправдање би било исто као и за све ситуације примене императивних норми – странке немају право да располажу чињеницама од којих зависи њихова примена. У резултату то значи да странке немају право да располажу кривичноправним претходним питањем путем његовог идеалног чињеничног стања, јер, чини се логичним, не постоји право располагања кривичноправним захтевом.

Наведено резонување, међутим, промашује свој циљ. Без обзира што се ради о кривичноправном претходном питању и императивним нормама, не могу се аутоматски преносити вредновања кривичног процесног права, нити се могу поистовећивати императивне норме са истражним овлашћењима парничног суда. Прво, претходно питање се не решава због њега самог, већ ради решавања питања које је увек грађанскоправне природе. Како је напред речено, претходно питање управо постоји зато што једна грађанскоправна норма везује настанак грађанскоправне последице за једно правно питање које не спада у оквире грађанског права. Дакле, решење кривичноправног претходног питања се исцрпљава решењем грађанскоправне ствари. Јер, чак и да се узме да странке чине неспорним стање ствари које се тиче постојања кривичног дела, које не одговара стварности (или се само сумња, свеједно је), тиме се уопште не дира у постојање кривичног дела у његовом примарном значењу – у контексту кривичне одговорности. Парнични суд нити осуђује за кривично дело у том случају, нити то, наравно, сме да чини.²⁸ Он само утврђује његово постојање или непостојање са

поступка, док за претходна питања од којих зависи пресуђење закључује да суд може да их решава само ако о томе није одлучено пресудом у кривичном поступку; уп. *Познић*, Коментар, 43, 1003.

²⁷ Изричито ВСС ЗСО IV/3-1979-205.

²⁸ У том смислу врло јасно СС ЗСО XXIV/1-2000-79, што у потпуности преузима – додуше без цитирања – и ВСС Рев 59/99 Билтен ВСС 3/1999, 31 = ЗСО XXIV/1-2000-80.

циљем решавања једне грађанскоправне ствари, у којој ако постоји слобода располагања, важи и ублажено расправно начело. Другим речима, и такав вид располагања странака је на крају само располагање идеалним чињеничним стањем које се односи на решење спора о грађанским субјективним правима у коме је тако нешто дозвољено. Као што је већ речено, само за себе постојање принудних норми које се примењују у парничном поступку не значи аутоматски и суспензију правила ублаженог расправног начела, али и начела диспозиције. Потребно је увек подробно испитивање смисла императивне правне норме и њеног утицаја на *мериторни исход*, јер је само то битно, и ништа више. Према томе, за решење кривичноправног претходног питања принципијелно важи општи режим – ублажено расправно начело, али, што је важно истаћи, у таквом спору важи и пуно начело диспозиције.

Стога у парници ради накнаде штете, где се поставља питање привилегованог рока застарелости, јер је штета настала извршењем кривичног дела, странке могу да учине неспорним и тврдње које се искључиво односе на његово постојање и да то везује суд ма колико он сумњао у истинитост тврдњи; *mutatis mutandis* у обрнутом смеру. Исто тако, у таквом спору се може и признати тужбени захтев чак и након тога што суд утврди да нема кривичног дела, и следствено томе да је приговор застарелости основан. Опет, *mutatis mutandis* за одрицање од тужбеног захтева. Јер, ради се само о накнади штете, што је неспорно субјективно право са којим се може слободно располагати!

Репрезентативан пример за истражна овлашћења у погледу кривичноправног претходног питања су кривична дела као разлози за понављање поступка. Нема сумње да се ради о претходном питању, без обзира што се спрам данашње – чини се само редакцијске концепције – ради о правном леку, а не о посебној парници ради понављања поступка како је било раније предвиђено, и како је још увек у немачком и аустријском праву. У том смислу је ово случај када јее постојање претходног питања прописано процесним правом. То само за себе нема утицаја још на питање истражних овлашћења суда, већ се проблем нужно мора ставити у контекст мериторног исхода одлуке по предлогу за понављање поступка. Ради се, наиме, о ванредном правном леку којим се, уколико је основан, укида правноснажна пресуда. С обзиром на значај правноснажности и њену вредност, одавно се сматра да странке немају право располагања у погледу правноснажности.²⁹ Такав став је добро афирмисан и код нас, али само у контексту правноснажности као процесне сметње. Но, никаквог разлога нема да се такво вредновање не пренесе и на питање утврђивања постојања кривичног дела као разлога за понављање поступка. Према томе, примера ради, суду се не може наметнути став о постојању чињеница из којих произилази постојање кривичног дела, јер то значи да се суду одузима могућност да испита да ли заиста постоји услов за укидање правноснажне одлуке. Странацка воља је у том случају ирелевантна. Но, обратно, суд је везан признањем чињеничних тврдњи из којих произилази да кривично дело не постоји, јер чак и да то није

²⁹ То је заслуга аустријског „јавноправног учења о правноснажности“, које већ *Клајн* уграђује у аГрпп. У Немачкој је требало доста времена да се дође до тачке када се може рећи да је то сада владајуће схватање.

истинито, тиме странке не доводе у питање правноснажност и њене вредности, које се и једини објекат заштите.

3. Везаност за утврђења из кривичне пресуде (чл. 13 ЗПП)

Према чл. 13 ЗПП парнични суд је у погледу постојања кривичног дела и кривичне одговорности везан за правноснажну пресуду кривичног суда којом се оптужени оглашава кривим.³⁰ У овом случају се не ради о кривичном делу које је претходно питање у парници, јер за то важи режим из чл. 12 ЗПП, већ се ради о идентитету догађаја у погледу којег је кривични суд водио поступак и у погледу којег се води парнични поступак.³¹ Везаност се односи на чињенична утврђења кривичног суда, и то само у погледу чињеница које се односе на биће кривичног дела.^{32, 33} Парнични суд је у том оквиру дужан да преузме чињенична утврђења из кривичне пресуде којом се оптужени оглашава кривим. Уколико се ради о ослобађајућој пресуди, парнични суд није везан и може да утврди чињенице супротом од кривичног суда.³⁴

За време важења ЗПП 56/76 изгледа да је био владајући став да у погледу чињеница за које је парнични суд везан важи истражно начело у том смислу да воља странака не игра никакав утицај: нити се оне могу оспорити, нити признање противно њима има дејство. Оне су биле права – терминологијом аустријске доктрине и праксе – забрањена доказна тема (*Beweisthemenvorbot*). Следствено томе не би постојао терет тврдње: суд по службеној дужности узима у обзир чињенице из кривичне пресуде и није потребно да их странке „унесу“ у поступак. Изложено схватање је исправно, и то се може већ образложити на догматичком плану. Наиме, ако је суд везан утврђењима кривичног суда по среди је права забрањена доказна тема која нема везе са вољом странака. Консеквентно томе суд има и истражна овлашћења. Јер, редакција ЗПП није у форми простог доказног правила у смислу доказне снаге кривичне пресуде; не говори се „не требају да се доказују чињенице утврђене правноснажном пресудом кривичног суда којим се оптужени оглашава

³⁰ Иако је у изворној редакцији ЗПП било унето и ограничење у смислу заштите права на саслушање, па је тако везаност постојала само ако је тужени уједно и осуђени, што је очит утицај одлуке аустријског *Уставног суда* и тамошње доктрине, изменама и допунама ЗПП из 2014. г. то је брисано, без било каквог смисленог образложења; наводи се да се тиме прецизира чл. 13 и разрађује се принцип везаности за кривичну пресуду. Парадоксално је међутим да се мењање ЗПП уопште правда „остваривањем права на правично суђење“, односно устаљеном и фетишизираном флосколом „усклађивање са препорукама Савета Европе и европским стандардима“; уп. Образложење Закона о изменама и допунама ЗПП од 08.05.2014, бр. 1357-14, 6.

³¹ Иако је раније било нејасноћа, данас је то једнодушно схватање, уместо свих *Познић* *Анали* XXXIX/1-3 (1991), 249 (249 и след.).

³² На овакво одређење утиче, што *Кеча* са правом напомиње, измењена концепција појма кривичног дела; *Кеча* у: *Хармонизација II*, 137 (150). Оно је сада дефинисано тако да је сама кривична одговорност интегрални део појма (чл. 14 КЗ; в. *Стојановић*, *Кривично право* 16, [85]), па је тако редакција ЗПП у којој се спомиње и кривична одговорност посебно и засебно уз кривично дело само неодговарајуће преузимање ранијих решења која су одговарала тадашњем појму кривичног дела.

³³ Сходно томе, сва друга чињенична утврђења кривичног суда која се не односе на биће дела не вежу парнични суд; исцрпно *Познић*, *Коментар*, 50 и след.

³⁴ Репрезентативни пример ВСС Рев 5651/94 Билтен ВСС 4/1994, 50 = Гласник АКВ 10/1995, 414.

кривим“ . Супротно, говори се о везаности за чињенична утврђења, што има сасвим други контекст.

Ипак, нужно је да се учини покушај да се на теоретском плану образложи искључење важења правила расправног начела у овом сегменту. Због тога је неопходно да се претходно испита природа везаности парничног суда за утврђења у погледу бића кривичног дела из правноснажне пресуде кривичног суда којом се оптужени оглашава кривим.

Решење из чл. 13 ЗПП води порекло из аГрпп, у којем је оно за разлику од немачког права било предвиђено. У Материјалима аГрпп *Клајн* изричито истиче оправдање решење. То је обезбеђење правне сигурности и угледа кривичног правосуђа.³⁵ У Аустрији се касније развија теза и о материјалној правноснажности кривичне пресуде као оправдању таквог уређења, која није једнодушно прихваћена;³⁶ у Немачкој је владајуће схватање да нема материјалне правноснажности чињеничних утврђења кривичног суда. Како је на одговарајућем месту речено, укидањем § 268 аГрпп аустријска пракса је попунила празнину тако што је прихватила учење о материјалној правноснажности осуђујуће кривичне пресуде која се простире и на чињенице бића кривичног дела и кривичне одговорности.

Теза о чињеничном дејству материјалне правноснажности кривичне пресуде као образложењу чл. 13 ЗПП не може се прихватити из више разлога. Прво, као логично питање поставља се због чега онда парнични суд није везан и за ослобађајућу пресуду. Аргумент који се традиционално нуди је тај да се у кривичном поступку ослобађајућа пресуда доноси онда када *није доказано* да је оптужени извршио кривично дело које му се ставља на терет.³⁷ Следствено томе, ако парнични суд утврди другачије он не противречи ослобађајућој кривичној пресуди, јер се она, а то је изгледа резултат овог схватања, увек доноси на основу терета доказивања. *Познић* исправно критикује ово схватање аргументацијом да ће бити случајева где су заиста утврђене чињенице на основу којих произилази да оптужени дело није извршио, а парничном суду се даје могућност да утврди супротно.³⁸ Евентуални узрок за такво схватање је редакција норме ЗКП за ослобађајућу пресуду (чл. 423 т. 2 ЗКП). Тиме се, међутим, најпре сама слободна оцена доказа компромитује, али је и логички неодбрањива. Уз то, у супротности је са самим ЗКП, јер се у начелној одредби о доказивању (чл. 16 ст. 2 ЗКП) предвиђа да ће суд непристрасно да оцени изведене доказе и да на основу њих једнаком пажњом *утврди* чињенице које терете или иду у корист окривљеном (курз. *М. К.*).

Дихотомија доказано или недоказано у смислу *non liquet* компромитује слободну оцену доказа, али је и противна логици и доводи до вештачког додатног степеника у процесу примене права. Наиме, уместо да кривични суд уколико утврди да није истинит навод оптужбе, већ да је са сигурношћу утврдио контрадикторну

³⁵ Уп. *Rechberger* in: FS Gaul, 539 (541 и след.); *Грађански*, Утицај кривичне пресуде, 81 и след.

³⁶ В. горе §12 III 4.

³⁷ Тако и гласи редакција одредбе која предвиђа ослобађајућу пресуду (чл. 423 т. 2 ЗКП).

³⁸ Анали XXXIX/1-3 (1991), 249 (260); уп. *исти*, Коментар, 47 и след.

супротност, једноставно констатује да оптужени није извршио дело, он би на основу тога морао додатно да каже: пошто је суд утврдио са сигурношћу да оптужени није извршио дело, онда се сходно ЗКП он ослобађа, јер тужилац није доказао извршење кривичног дела! Због чега је уопште потребна примена овог механизма, када је он намењен *non liquet*-у, дакле онда када ни позитивна ни негативна примена норме није могућа? У ситуацијама када је суд управо утврдио да нема законског чињеничног стања, постоји услов за негативну примену норме: она се поуздано примењује тако што се негира испуњеност елемената диспозиције норме и следствено томе се поуздано одриче наступање правне последице (постојање кривичног дела). Дакле, процес примене права у кривичном поступку није ништа другачији од одговарајућег процеса у парничном поступку; друга су само правила о расподели објективног терета доказивања.³⁹

Но, чак и да се узме да је ослобађајућа пресуда донета заиста на основу објективног терета доказивања, поставља се питање због чега се и тада не би материјална правноснажност протезала и на (фингирана) чињенична утврђења. Наиме, и таква пресуда има за (претпостављено) много значајнију ствар пуно дејство материјалне правноснажности: *ne bis in idem* за нови кривични поступак. Показује се, заправо, да у тој хипотези долази до цепања материјалне правноснажности ослобађајуће кривичне пресуде, јер у једном аспекту она има такво дејство (*ne bis in idem*), а у другом нема, јер парнични суд није везан за (фингирана) чињенична утврђења. За појам материјалне правноснажност се чини да је то незамисливо.

Према томе, везаност парничног суда у смислу чл. 13 ЗПП за кривичну пресуду нема свој основ у материјалној правноснажности кривичне пресуде, јер она и не постоји изоловано у односу на чињенична утврђења. Предмет правноснажности кривичне пресуде је изрека, а чињенична утврђења је – као и у погледу правноснажности парничне пресуде – само конкретизују. Смисао материјалне правноснажности кривичне пресуде је исти као и у парници. Она има негативну страну (*ne bis in idem*) и позитивну страну у виду везаности свих других органа за њену изреку. У погледу последњег то значи да се не може доводити у питање резултат силогизма из кривичне пресуде, прецизније не може се доводити у питање изрека суда у пресуди којом се оптужени ослобађа или којом се оглашава кривим. У том смислу су у парници чињенична утврђења кривичног суда забрањена доказна тема, али само онда када се уопште поставља питање њихове релевантности у релацији са изреком кривичне пресуде. То није ништа друго до случај када је кривично дело претходно питање и нема везе са изолованом везаношћу парничног суда за чињенична утврђења из кривичне пресуде (чл. 13 ЗПП). Ван тога чињенична утврђења не партиципирају у материјалној правноснажности. Због тога, спрам учења о материјалној правноснажности, чл. 13 ЗПП није нужна последица.

³⁹ Ако смо добро разумели, тако у резултату и *Бркић* ЗбоНС XLVI/1 (2012), 299 (328).

Према већинском схватању науке процесног права која се изричито бавила овим питањем разлог везаности из чл. 13 ЗПП је чиста правна политика.⁴⁰ С обзиром на претходно речено у погледу непостојања материјалне правноснажности кривичне пресуде која се односи изоловано на чињенице, такво гледиште је исправно. У контексту правила ублаженог расправног начела то значи да њихово искључење у погледу случаја из чл. 13 ЗПП не налази своје оправдање у идеји правноснажности. То, међутим, није довољно да се призна њихово важење. Наиме, и прави разлог постојања чл. 13 ЗПП је довољан за истражна овлашћења суда. Ради се о принудној норми⁴¹ чије је једино оправдање правнополитички разлог. Због таквог значаја суд у овом сегменту има истражна овлашћења. Смисао концепције је очување угледа кривичног правосуђа, па се зато парнични суд везује за чињенична утврђења из кривичне пресуде којом се оптужени оглашава кривим. Циљ је да чињенично стање – у датим границама – мора да одговара чињеничном стању кривичне пресуде, јер би се у супротном – тврди се – довео у питање углед кривичног правосуђа.⁴² Ако је искључена слободна оцена суда у погледу правнорелевантних чињеница, и то не зато што је то у интересу странака, као што је то случај са признањем тврдњи, већ у очигледном јавном интересу, онда се доследно мора заузети став да суд има истражна овлашћења. У практичном смислу, и то у највећем броју само хипотетички, суд преузима чињенично стање кривичне пресуде и без тврдњи странака, односно признање тврдњи противно чињеничном стању кривичне пресуде је без дејства. Свакако да суд има обавезу да странке упозна са намером да користи утврђења кривичног суда у случају да се оне не позивају на то, и да на расправи то изричито наведе. И овде, као и за друге случајеве пробијања ублаженог расправног начела, важи право странака на саслушање. То је обавеза која већ проистиче из права на саслушање као људског права загарантованог Уставом и ЕКЉП. Необавештавање странака да ће се преузети чињенична утврђења из кривичне пресуде лишава странке положаја субјекта поступка. С друге стране и сам ЗПП то налаже, јер управо овај случај представља поље примене чл. 5 ст. 3, по којем суд не може засновати своју одлуку на чињеницама о којим странкама није дата могућност да се изјасне.

II. Истражно начело у породичноправним споровима

Парнични поступци у којима се решавају породичноправни спорови су одавно, како у упоредном, тако и домаћем праву, у значајној мери модификације

⁴⁰ Грађански, Утицај кривичне пресуде, 113; Познић *Анали* XXXIX/1-3 (1991), 249 (259 и след.); Старовић/Кеча³, 111. Тако већ и сам Клајн; исто, само у теоријском смислу, *Rechberger* in: FS Gaul, 539 и след.

⁴¹ Тако изричито Познић, Коментар, 57.

⁴² Колико је контрадикторно уређење из ЗПП спрам овог правнополитичког разлога показује управо невезаност парничног суда за ослобађајућу пресуду. Са правом Познић истиче да хипотеза да парнични суд другачије утврди чињенице него што је кривични суд у ослобађајућој пресуди исто тако нарушава углед кривичног правосуђа; *Анали* XXXIX/1-3 (1991), 249 (260). Репрезентативни пример из домаће праксе (горе фн. 32) показује сву вредносну противречност, која је и лаику тешко разумљива.

општег парничног поступка. Питање уређења прикупљања процесног материјала је константна модификација. Доношењем ПЗ 2005. г. за све породичноправне спорове прописано је важење истражног начела (чл. 205 ПЗ).

1. Појам и врсте породичноправних спорова

У домаћем процесном праву је већ дуго карактеристично постојања већег броја посебних парничних поступака, који су према општем само извесне модификације, или су сасвим други типови поступка, гледано спрам пресудних карактеристика једног модела. Породичноправни спорови спадају у ову другу групу, између осталог и зато што не важи ублажено расправно начело, већ истражно.

ПЗ полази од тога да детаљно уређује посебне врсте породичноправних спорова, у које спадају брачни спорови, патернитетски и матернитетски спорови, спорови поводом остваривања права детета и за вршење или лишење родитељског права, спор поводом поништаја усвојења, тзв. алиментациони спорови, и на крају спорови поводом заштите од насиља у породици. Ипак, он садржи пар заједничких одредби за све наведене спорове, а у њих спада управо чл. 205. Због тога се и може говорити о породичноправном спору као посебном појму. То је парнични поступак у којем се решава једна породичноправна ствар. Тако одређени појам представља модел у којем супротно од општег парничног поступка важи истражно начело, и у којем је слобода странака потиснута, а одговорност максимално ублажена. У сваком случају посебни породичноправни спорови задржавају своју посебност, с обзиром да између њих постоје значајне разлике, а највећа се показује између поступка ради развода брака и свих других.

2. Ограниченост располагања предметом спора

За породичноправне спорове је карактеристично да је ограничено располагање предметом спора. То је, пре свега, изричито предвиђено за већину посебних породичноправних спорова.⁴³ С друге стране, и тамо где није, може се доћи до таквог закључка на различите начине. Тако, примера ради, за спорове о издржавању није изричито прописано да је искључено располагање предметом спора. Међутим, већ посредством чл. 3 ст. 3 ЗПП се долази до забране одрицања од тужбеног захтева којим се тражи издржавање.⁴⁴ Обрнуто, признање захтева би начелно дошло у обзир, али и то је релативизовано, с обзиром да суд није везан тужбеним захтевом – он може досудити и више (чл. 281 ПЗ). Према томе, уколико сматра да тужиоцу припада више од траженог, ни признање захтева неће имати дејство. Исто тако, то би био аргумент да није могуће увек признати захтев у спору за заштиту од насиља у породици, јер и у том поступку суд није везан захтевом (чл.

⁴³ Тако је за брачне спорове (чл. 224 ПЗ), за патернитетске и матернитетске (чл. 258 ПЗ) и за спорове поводом остварења права детета и вршења или лишења родитељског права (чл. 271 ПЗ).

⁴⁴ В. горе I 1 Б б вв).

287 ПЗ). С друге стране није могуће ни одрицање од захтева, јер је то противно принудним нормама о забрани насиља у породици.

Према томе, показује се да је исправност пресуђења од нарочите важности у породичноправним споровима, што даље има своје последице и на питање вредности идеалног чињеничног стања.

3. Истражно начело у породичноправним споровима

Искључење располагања предметом спора би већ само за себе постављало питање важења режима општег парничног поступка, тј. ублаженог расправног начела. Јер, уколико је искључена слобода странака у погледу располагања предметом спора, било би, пре свега, противуречно да оне имају слободу располагања идеалним чињеничним стањем. ПЗ начелно не оставља никакву дилему, јер изричито и предвиђа „истражно начело“.⁴⁵

Истражно начело је за све породичноправне поступка предвиђено као важеће. Међутим, сама редакција чл. 205 ПЗ није најсрећнија. Каже се да суд *може* да утврђује чињенице које странке нису навеле, односно да *може* да утврђује и чињенице које су неспорне (чл. 205 ПЗ).⁴⁶ Уз то, на редакцијском плану се не спомиње питање иницијативе за извођење доказа. Да ли то подразумева да суд нема дужност да формира идеално чињенично стање, односно да истражним активностима ради на томе?

Смисао истражног начела у породичноправним поступцима се не може сагледавати изловано од готово суспендоване могућност располагања предметом спора. Наиме, у већини поступака је изричито или посредно искључено признање и одрицање од тужбеног захтева. Тиме се недвосмислено показује став законодавца да садржај пресуђења не може да буде детерминисан вољом странака.

И поред не баш јасне редкације, требало би да буде јасно да важи класично истражно начело. На догматичком плану је то јасно, јер одређење да суд може да утврђује и чињенице које странке нису изнеле, говори и да суд зарад тога свакако може да изводи и доказе по сл. дужности. Тесна повезаност терета тврдње и субјективног терета доказивања указује да онда када је један заправо негиран, то треба да принципијелно важи и у погледу другог. Исто тако, немогуће је замислити испуњење замисли законодавца да суд није везан признањем тврдњи, и да може и другачије утврдити чињенице, а да нема истражно овлашћење у том смеру у смислу извођења доказа *ex offio*. Оно што је много битније је стварно оправдање важења класичног истражног начела, које подразумева дужност суда да „истражује чињенично стање“. У породичноправним споровима је изражен јавни интерес који превазилази индивидуални. Због тога се странкама ни не може омогућити слобода у погледу идеалног чињеничног стања, нити се на њих може свалити одговорност за

⁴⁵ Званични рубрум чл. 205 ПЗ је „истражно начело“.

⁴⁶ Уп. међутим § 26 немачког Закона о поступцима у породичним стварима и стварима ванпарничног правосуђа: суд ће спровести по сл. дужности истраге потребне за утврђивање чињеница битних за одлуку.

њeга. То је вредносна оријентација која је јасно манифестована не само кроз чл. 205 ПЗ, већ и кроз суспендовање располагања предметом спора.

Према томе, истражно начело у породичноправним споровима се манифестује у сва три правца: суд није везан за тврдње, и нема објективног терета тврдње; суд није везан за признање тврдњи; суд није везан за доказне предлоге странака – субјективни терет је негиран.

Искључење слободе странака у погледу располагања идеалним чињеничним стањем кроз невезаност признањем тврдњи се мора доследно конкретизовати. Према томе, у породичноправним споровима се не може говорити о терету изјашњења; његово неиспуњење не води фингираном признању и непотребности доказивања. Другим речима, чл. 230 ст. 1 ЗПП у целости не важи.

Речено се чини да не би требало да буде спорно, и нема супротних схватања. Међутим, ново уређење страначке одговорности у виду увођења преклузија изношења процесног материјала до сада није стављено у контекст породичноправних спорова. Исто тако, не спомиње се ни ограничавање новота у жалби против пресуде. Иако ово стриктно и није проблем питања „Ко прибавља процесни материјал?“, он се на крају наслања на питање вредновања слободе и одговорности. Наиме, уколико суд има истражне дужности, то је онда показатељ нарочитог значаја идеалног чињеничног стања. Долазак до њега није условљен страначком иницијативом, и њихова пасивност не може да резултује пресуђењу које неће имати за подлогу утврђено чињенично стање – нема објективног терета тврдње нити субјективног терета доказивања. Суд има одговорност. Због тога и нема преклузија током првостепеног поступка у породичноправним споровима – чл. 314 ЗПП не важи. Исто би могло и да се закључи за новоте у жалби, јер се чини да претеже значај утврђивања идеалног чињечног стања од вредновања одговорности странака.

§ 27 Спорне ситуације ублаженог расправног начела у теорији и пракси

I. Ноторне чињенице и ублажено расправно начело

1. Појам и дејство ноторних чињеница

ЗПП, као и сви његови претходници, предвиђа да се ноторне чињенице не доказују (чл. 230 ст. 4). Под ноторним (општепознатим) чињеницама се подразумевају чињенице које су познате ширем кругу људи и чије се постојање може поуздано сазнати без тешкоћа.¹ У том смислу су ноторне чињенице одређени историјски (политички) или природни догађаји, географски подаци (нпр. удаљеност између места) и сл.² Овако одређене ноторне чињенице су неспорне у теорији, а спорно је да ли под чл. 230 ст. 4 ЗПП спадају и тзв. судски познате чињенице (*gerichtskundige Tatsachen*), под којима се подразумевају чињенице које је парнични судија сам сазнао из свог службеног рада. У немачкој и аустријској доктрини и пракси, и поред непостојања одговарајућих одредаба, узима се и да овакве чињенице имају треман ноторних, па сходно томе чине доказивање непотребним.³ У домаћој доктрини је такође било присутно ово схватање,⁴ а нарочито га је потенцирао Познић.⁵ У ЗПП 04 је то коначно изричито и прописано уведено (чл. 222 ст. 3 реч. 2 ЗПП 04). У ЗПП је, међутим, напуштено такво уређење. Ово спорно питање се може оставити по страни, с обзиром на проблем рада.

Третман ноторних чињеница у процесном праву је традиционално одређен у виду непотребности доказивања.⁶ Разлог за то је с једне стране ефикасност⁷ – јер, зашто трошити средства и време за доказивање нечега што је ноторно – а с друге стране би било „гротескно“ да се доказује нешто што је ноторно.⁸

Наведено изричито законско дејство ноторних чињеница је својствено данас свим судским, па и управним поступцима, дакле без обзира на уређење прикупљања процесног материјала. Међутим, као што је већ и споменуто на више места у овом раду, у амбијенту поступка у којем само странке износе тврдње и суд је везан за то, односно у којем признање тврдњи веже суд, постављају се питање односа ових правила и ноторних чињеница. У резултату се ради о односу са ублаженим расправним начелом.

¹ Уп. Познић, Коментар, 581; Јакшић⁶, т. 2518; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*¹⁷, § 112 Rn. 25; *Rechberger* in: *Rechberger*, ZPO³, § 269 Rn. 2.

² Уп. Познић, Коментар, 581; *Prütting* in: *MünchKommZPO*³, § 291 Rn. 7.

³ Уместо свих *Prütting* in: *MünchKommZPO*³, § 291 Rn. 9 и след; *Rechberger* in: *Rechberger*, ZPO³, § 269 Rn. 3.

⁴ Бачић у: *Познић/Вражалић/Бачић*, т. 7 уз чл. 210.

⁵ Уп. Познић ПЖ 1-2/1996, 67 (76), где се предлаже изричито прописивање да су ноторне чињенице и оне које су познате судији из службеног рада.

⁶ Не само да је ЗПП тако редигован, већ аГрпп (§ 269) и нГрпп (§ 291).

⁷ *Coester-Waltjen* in: *FS Areios Pagos I*, 27 (31).

⁸ *Jauernig*²⁹, § 49 VII 2.

2. Ноторне чињенице и право странака да формирају чињенично стање

Прво питање које се тиче односа ноторних чињеница и ублаженог расправног начела се тиче могућности да странке путем признања тврдњи (изричитог или фингираног) створе чињеничну подлогу која је супротна ноторним чињеницама. Још од Грпп је апсолутно већинско схватање да признање тврдњи у таквом случају нема дејство.⁹ Аргументација је била различита. У том смислу, треба само поновити да је *grosso modo* мисао о нарочитој вредности материјалне истине било доминантно образложење. Уз то, као аутономно, је оно *Тривино*, по којем је свако признање тврдњи за које суд уверен да не одговара истини неморално, и као такво је недопуштена диспозиција.¹⁰ С друге стране, и ЗПП 56/76 је имао казуистичку потврду, с обзиром да фингирано признање у смислу изостанка туженог није имало дејство уколико би било противно ноторним чињеницама.

И данашња доктрина заузима у резултату исти став.¹¹ С тиме се треба сложити, с тим да је потребно да се да и образложење примерено ЗПП. Наиме, позив на примат материјалне истине, односно њена нарочита вредност у поступку у којем важи ублажено расправно начело није баш најпогоднији аргумент за изричито негирање страначке слободе.

У садашњем парничном поступку не постоји апсолутна дужност суда да увек пресуђује спрам „истине“ – ублажено расправно начело важи. Ван недопуштених диспозиција не постоји забрана да странке својим држањем омогуће пресуђење које не одговара правом материјалноправном стању. Колико год то можда било маргинално, ипак тужени не мора да наведе да је утужени дуг престао компензацијом; тужилац не мора да предложи потребно вештачење; тужилац може да призна да је утужени дуг плаћен, иако заправо није. У том смислу се чини и да се питање „диспозиције“ у погледу ноторних чињеница не може решавати на релацији истине као такве, дакле на начин као што је то био случај са већинском југословенском доктрином. Како је речено, ЗПП уопште не инсистира на нужности утврђења истините, а питање је да ли је то инсистирао и ЗПП 56/76. Међутим, може се поставити питање располагања ноторним чињеницама у смислу начина: да ли је то прикладан начин за остварење иначе допуштених циљева?

Већ је напред речено да у погледу питања неистинитог признања у парничном поступку оно као такво не доводи до недопуштених супстанцијалних резултата. Принципијелно, све док се у резултату пресуђења не вређају принудни прописи који изражавају јавни интерес, правила морала, јавни поредак и добри обичаји странке су слободе да детерминишу садржај пресуђења, па и кроз признање тврдњи. Стога је и признање противно ноторним чињеницама принципијелно допуштено, јер ако се пресуђење на основу њега креће у дозвољеним границама, нема препрека за тако нешто. Оно је међутим само за себе, као начин детерминисања иначе допуштеног резултата пресуђења противно јавноправним

⁹ В. горе § 17 V 3.

¹⁰ *Трива/Белајец/Дика*⁶, 138.

¹¹ *Јакшић*⁶, т. 2152, с позивом на аустријску доктрину.

вредновањима, јер је пресуда као таква апсурдна. Ради се о угледу правосуђа, које не може баш да трпи да суд буде изложен принуди да у чињеничном стању наведе као подлогу и нешто што је ноторно нетачно, или ноторно немогуће. Спрам угледа правосуђа је недопустиво да се тако нешто нађе у чињеничном стању једне пресуде која се потенцијално објављује у јавности (стручним часописима и званичним билтенима). Дакле, то је правнополитички разлог, а не логика материјалног или процесног права. Јер, нити је то у супротности са материјалноправним вредновањима, с обзиром да резултат пресуђења није недозвољено располагање, нити је то процесноправно немогуће, јер суд нема обавезу да увек утврђује истину и да само она буде подлога пресуђења. Како већ *Вах* истиче,

засигурно, истина је увек само једна и ми не можемо да принуђавамо судију да нешто држи за истинито што није истинито. Али ми можемо и морамо да га принудимо да *третира* као истинито мноштво што га ни на који начин није успело да увери.¹²

Законодавац има избор при одређивању мере важења у овом смислу „формалне истине“ и то је правнополитичко питање. Принципијелно се одлучио за давање овлашћења странкама, јер се одлучио за ублажено расправно начело. Међутим, он је повукао и границу, и то управо уређењем непостојања дејства фингираног признања онда када је оно противно ноторним чињеницама (чл. 350 ст. 1 т. 2, 351 ст. 1 т. 4 ЗПП). Како је речено, овде се ради о правнополитичком разлогу, па зато нема препреке да аналогичном цитиране одредбе не важе за све видове признања тврдњи. Циљ је да се заштити углед правосуђа, што треба обезбедити у свим случајевима када се вољом странака ствара чињенично стање које је противно ноторним чињеницама или општепознатим ставовима искуства, тј. када је оно немогуће. Дакле, циљ није обезбедити пресуђење на основу истине, и зарад ње, јер би то у резултату значило да признање тврдњи губи своје дејство у свим случајевима када је суд уверен да оно не одговара стварности. Признање нема дејство само у овом случају, а смисао је правнополитички разлог – заштита угледа правосуђа. Према томе, нормативни ослонац за невезаност суда признањем противно ноторним чињеницама су цитиране одредбе, на основу којих се аналогичном долази до таквог закључка. Стога и није потребно да се он оправдава тезом о недопуштеној диспозицији и позивањем на чл. 230 ст. 2 у вези са чл. 3 ст. 3 ЗПП. Управо због тога и ревидирамо и мењамо наш раније заузет став.¹³

3. Ноторне чињенице и терет тврдње

Други проблем који се тиче ноторних чињеница и ублаженог расправног начела се везује за питање постојања терета тврдње за њих. У том смислу, да ли суд може да користи ноторне чињенице и да оне представљају подлогу за пресуђење чак иако их странке путем својих тврдњи не „унесу“ у поступак? Постојање овог спора

¹² *Wach, Vorträge*², 199: „gewiss, die Wahrheit ist immer nur eine, und wir können den Richter nicht nöthigen, etwas für wahr zu halten, was nicht wahr ist. Aber wir können und müssen ihn nöthigen, Vieles als wahr zu *behandeln*, was ihm keineswegs zu Ueberzeugung erhoben wurde“.

¹³ *М. Кнежевић* ЗбоНС XLIII/2 (2009), 499 (509 и след.).

је карактеристично за немачку доктрину и праксу,¹⁴ док је у Аустрији једнодушно схватање да терет тврдње не постоји.¹⁵ У домаћој литератури он није присутан.

Део немачке доктрине који инсистира на терету тврдње и за ноторне чињенице исходиште налази у идеји о слободи и одговорности странака.¹⁶ Уз то, додатни аргумент је сама редакција норме о ноторним чињеницама, с обзиром да се регулише само непотребност доказивања и у том смислу непостојање субјективног терета доказивања; отуда *a contrario* значи да терет тврдње постоји.¹⁷ Међутим, управо је и код другог дела доктрине која негира терет тврдње редакција закона основ за попуњавање правне празнине, и то аналогијом. Полази се од тесне везе терета тврдње и терета доказивања, па се закључује да искључење једног увек значи и искључење другог.¹⁸ У сваком случају се даје и телеолошко образложење: инсистирање на терету тврдње и за ноторне чињенице доводи до могућности и опасности да суд не може да користи ноторне чињенице као подлогу за пресуђење. Наиме, иако се кроз расправно начело странкама признаје право располагања чињеницама, оно је ограничено, што је управо случају са признањем тврдњи противно ноторним чињеницама; стога, уколико би се ипак признао терет тврдње и за њих, постојала би противуречност вредновања.¹⁹

Резултати немачке доктрине, пре свега *Притинга*, у складу су са нашим схватањем изложеним у погледу оправдања немогућности признања противно ноторним чињеницама. Јер, ако се полази од тога да странке немају власт у погледу ноторних чињеница, што је случај и у ЗПП, онда исто вредновање треба да се узме у обзир и код питања терета тврдњи у погледу њих. Основно вредновање је онемогућавање пресуда из чије садржине би биле видљиве апсурдне констатације.

II. Случајни резултати доказивања

У савременој домаћој доктрини аутори који се изјашњавају о проблему случајних резултата доказивања недвосмислено заступају и раније већинско мишљење да суд треба да их искористи без обзира што их странке „не преузимају као своје тврдње“. Аргументација која се даје је иста као и раније, а то је позив на чл. 8 ЗПП, по којем суд ради утврђивања да ли је нешто доказано или није може да

¹⁴ За важење терета тврдње *Bundesarbeitsgericht* 2 AZR 402/75 NJW 1977, 695 = Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts 28, 196; *Hartmann* in: Baumbach/Lauterbach, ZPO⁶², § 291 Rn. 7; *Musielak*, Grundlagen der Beweislast, 55; *Coester-Waltjen* in: FS Areios Pagos I, 27 (31 и след.); *Leipold* in: Stein/Jonas, ZPO²², § 291 Rn. 18 са даљим упућивањем на праксу; за негирање терета тврдње *Rosenberg/Schwab/Gottwald*¹⁷, § 112 Rn. 25; *Jauernig*²⁹, § 49 VII 3; *Prütting* in: MünchKommZPO³, § 291 Rn. 13; *Saenger* in: Hk-ZPO², § 291 Rn. 10; *Greger* in: Zöller, ZPO²⁶, § 291 Rn. 2; *Brüggemann*, 337 и след.; *Zetel*, 102 и след., 111; *Bernhardt* in: FG Rosenberg, 9 (22); *Weyers* in: Dogmatik und Methode, 193 (207); *Rießmann* in: Ak-ZPO, § 291 Rn. 1.

¹⁵ *Fasching*², Rn. 852; *Rechberger* in: *Rechberger*, ZPO³, § 269 Rn. 4; *Rechberger* in: *Fasching/Konecny*, Kommentar III², § 269 Rn. 1; *OGH* 10 ObS 277/03p SZ 2004/112 са даљим упућивањима на праксу.

¹⁶ Уп. *Coester-Waltjen* in: FS Areios Pagos I, 27 (32/33): „[у] овом спору се не ради о проблему «приватног знања судије», већ о начелном питању циља парничног поступка, о проблему истраживања истине и владавине странака“.

¹⁷ Уп. *Prütting* in: MünchKommZPO³, § 291 Rn. 13.

¹⁸ *Prütting* in: MünchKommZPO³, § 291 Rn. 13.

¹⁹ *Prütting* in: MünchKommZPO³, § 291 Rn. 13.

користи и резултате расправљања, који по овом схватању јесу случајни резултати расправљања.²⁰ Такође, присутна је и аргументација о неспојивости доследне примене расправног начела у таквој ситуацији са позицијом суда, јер би он морао да свесно донесе одлуку која је заснована на погрешном чињеничном стању.²¹ На крају, *Б. Живковић* наводи и нов аргумент, а то је да овде нема говора о повреди „расправног начела“, јер суд користи резултате доказа које су саме странке предложили.²²

Пре него што се уопште пређе на питање релевантности случајних резултата доказивања, потребно је да се они као такви дефинишу. Чини се да се код нас до данас о томе није заузео став, с обзиром да је већина доктрине признавала овлашћење суда да их користи и поред тога што се странке на њих не позивају. У том смислу, потребно је раздвојити случајне резултате доказивања који се односе на правнорелевантне чињенице и оне који се односе на индицијалне чињенице. У првом случају се ради о чињеницама које се односе директно на диспозицију норме која се примењује. Индицијалне чињенице, напротив, немају никакве везе с применом права, већ имају функцију доказа. У суштинском смислу, уколико се и утврђују индицијалне чињенице, оне не спадају у чињенично стање пресуде, јер се оно тиче само правно релевантних чињеница.²³ Стога се чини неопходним да се раздвојено посматрају и случајни резултати доказивања у овом кључу. Утолико се може говорити о случајним резултатима доказивања у ужем смислу (они који се односе на правнорелевантне чињенице) и у ширем смислу (они који се односе на индицијалне чињенице).

Случајне резултате доказивања у ужем смислу суд може користити само ако су они преузети од странака, када они постају тврдње. Уколико странке не желе да их преузму, суд нема овлашћење да против такве воље образује чињенично стање са њима. Традиционална и нова догматичка образложења супротног става нису исправна. Аргументација која је можда била примерена ранијем систему, а и то је упитно, не може се и данас користити без довођења у контекст самог модела поступка који постоји. Тежња ка „утврђивању истине“ стога треба да се стави у контекст правила ублаженог расправног начела чији је смисао право располагања идеалним чињеничним стањем. С друге стране, случајне резултате у ширем смислу суд може и мора да користи и без „позивања“ странака на њих.

Традиционални догматички аргумент у прилог овлашћењу суда да и без тврдњи странака користи случајне резултате расправљања, у виду позивања на чл. 8 ЗПП, губи из вида смисао саме одредбе. У овом раду је већ образложен смисао одређења да суд при проверавању истинитости чињеничних тврдњи узима у обзир не само резултате доказа, већ и резултате расправе. Укратко, такво одређење подразумева прво, да у таквом процесу као параметар нису само изведени докази,

²⁰ *Познић/Ракић-Водинелић*¹⁶, т. 245; *Б. Живковић* Билтен АС БГ 4 (2012), 37 (43/44).

²¹ *Јакшић*⁶, т. 620.

²² Билтен АС БГ 4 (2012), 37 (43).

²³ На то указују уверљиви резултати *Грубишиног* истраживања за кривични поступак, а нема никаквог разлога да се они не користе и за парнични; в. *Грубиша*, Чињенично стање, 11 и след.

већ и резултати поступка, и друго, да и поред неизвођења доказа суд мора да на основу резултата расправе оцени истинитост *спорне тврдње*.²⁴ Међутим, све то важи за случај када постоји потреба за доказивањем, јер да би се нешто могло уопште утврђивати доказивањем и/или оценом резултата расправе, према важећем ублаженом расправном начелу мора бити унето у поступак кроз навод странке, и оспорено од њеног противника. Према томе, чл. 8 ЗПП се уопште не односи на питање случајних резултата доказивања у ужем смислу, нити се тиче питања начина сакупљања процесног материјала, и не може бити ослонац за заузимање става. Он само предвиђа начин оцењивања истинитости чињеница, а тек кроз његово довођење у везу са правилима о сакупљању процесног материјала он добија свој прави садржај.²⁵ Тако, када се чл. 8 ЗПП повеже са основним правилом ублаженог расправног начела, он се чита на следећи начин:

суд одлучује по свом уверењу, на основу савесне и бржљиве оцене сваког доказа засебно, свих доказа као целине и на основу резултата расправљања целокупног поступка, које ће *оспорене чињеничне тврдње* да узме као доказане.

Проблем случајних резултата доказивања у ужем смислу по природи ствари нема везе са реченим, јер он постоји управо онда када се странка уопште не позове на њих, тј. када тврдње ни нема, још мање оспорене тврдње.

Што се тиче случајних резултата доказивања у ширем смислу, чл. 8 ЗПП управо омогућује њихово коришћење и без изричитог позивања странака. Индицијалне чињенице уопште нису тврдње у процесноправном смислу, јер се не односе на битне чињенице. Уколико се оне појаве као резултат неког доказа, оне представљају резултат расправљања који се мора користити. Да није тако, онда је бесмислено одређење да се узимају у обзир како резултати других доказа, тако и резултати расправљања. С друге стране, оне се односе на већ постојећу доказну тему, што претпоставља да је тврдња о битној чињеници унета у поступак од стране странака. У том смислу коришћење случајних резултата доказивања у ширем смислу није у супротности са ублаженим расправним начелом.

Нови аргумент у односу на споменути „традиционални“, да коришћење случајних резултата доказивања мимо тврдњи странака није повреда правила „расправног начела“, с обзиром да су они резултат доказа које су странке предложиле, на први поглед изгледа доста уверљив. Међутим, превиђа се да логика формирања чињеничног стања у српском поступку, баш као и у германском типу поступка, подразумева раздвојеност тврдњи и доказа. Странке не износе као у англоамеричком поступку своје тврдње „кроз“ доказе, већ мимо и принципијелно пре њих.²⁶ Да није тако, не би ни постојао терет (супстанцираних) тврдњи, доказно решење би било неодређено што би на крају значило допуштено истраживачког доказивања, које би између осталог урушило идеју концентрације поступка у којем

²⁴ В. горе § 24 II 3 Б.

²⁵ Због тога редакција чл. 8 ЗПП сама за себе одговара било ком начелу прикупљања процесног материјала (расправном, ублаженом расправном, или истражном начелу). Једноставно, у овој одредби се принципијелно одриче важење легалне оцене доказа, и ништа више.

²⁶ Тако и *Штирнер* напомиње да се у англоамеричком моделу поступка чињеничне тврдње износе пред судију *in o actu* кроз доказна средства; *Stürmer ZJP* 123 (2010), 147 (156).

– парадоксално – странке треба да допринесу концентрацији. Ублажено расправно начело подразумева, што и јасно одређује чл. 7 ст. 2 ЗПП, да суд може да заснује своју одлуку само на чињеницама које су странке навеле, и то да ако их утврђује доказивањем, да су странке предложиле доказе. То није претерана схоластика, већ управо доследно поштовање концепта коме је вредносна подлога слобода и одговорност странака. То што је нова правнорелевантна чињеница коју нико не спомиње резултат доказа који је странка предложила ништа не мења. Управо обратно: странака је предложила такав доказ за неку другу тврдњу, а не у погледу чињенице коју рецимо сведок износи, која по дефиницији случајних резултата доказивања нема везе са темом доказивања; њена воља при предлагању доказа и није уперена ка проналажењу нових чињеница, већ ка настојању да суд стекне уверење о истинитости доказне теме. На крају, хипотетичка ситуација у којој би суд искористио случајни резултат доказивања у ужем смислу противно вољи странке којој она иде у прилог значио би управо оно што је у позадини идеје о неприхватљивности истражног начела – тудорисање странака од стране државе и успостављање забране процесног самоповређивања. Још једном треба поновити да истина сама за себе није никакав циљ поступка, већ међуциљ остварења циља поступка у виду исправне пресуде, али само онда када странке то желе.

Наведени аргумент је, међутим, управо потврда тезе да суд може да користи случајне резултате доказивања у ширем смислу. С обзиром да они имају доказну функцију, и да не дирају у терет тврдње, те да су и они сами резултат доказа које су странке предложиле, нема никаквог разлога да се они не користе. Сам чл. 8 ЗПП одређује да при заузимању става о истинитости оспорене тврдње суд цени све доказе као целину. Дакле, резултат једног доказа може да утиче на оцену истинитости чињеничне тврдње за коју он и није био предложен.

Проблем случајних резултата доказивања у ужем смислу у корист истражног овлашћења суда се не може решити – у одређеном смислу – лаичким сагледавањем да је природно да их суд узме у обзир. Иако би се у складу са таквим гледиштем могло приговорити да је инсистирање на поштовању правила ублаженог расправног начела оптерећеност догматизмом, што управо истиче *Фашинг*,²⁷ опет постојање начела, које је још и изричито законски редиговано, захтева да постоји стварни разлог за одступање од њега. Позив на здраворазумско размишљање, у том смислу лаичко, није довољно. Исто тако није довољно ни рећи да у противном суд свесно доноси пресуду коју заснива на „погрешном чињеничном стању“. Јер, то је само једна од ситуација у којој суд доноси пресуду за коју је уверен да не одговара ванпроцесном материјалноправном стању. Примера ради, и пресуда на основу признања очигледно неоснованог тужбеног захтева је свесно доношење „незаконите пресуде“. Разлике у односу на непозивање на случајни резултат доказивања нема. Није битно то што је судија свестан да чињенично стање које ће формирати неће бити идеално, већ је много битније то што је он свестан да изрека пресуда не одговара правом материјалноправном стању. Расправно начело, па макар и

²⁷ *Fasching* in: *Fasching/Konecny*, Kommentar II/1², Einl. Rn. 15.

ублажено, као уосталом и начело диспозиције, омогућава пресуђење које је у већој или мањој мери из визуре суда свесно материјалноправно неисправно. Због тога је и проблем случајних резултата доказивања у ужем смислу у истој равни са другим проблемима када суд мора да донесе пресуду иако није нити уверен у идеалност чињеничног стања, нити је схватања да је тужбени захтев основан или неоснован. Потребно је, дакле, уколико се суду налаже да користи случајене резултате доказивања и без тврдњи странака, да се да стварни разлог за пробијање основног правила и начела. Чини се да таквог разлога нема, јер „очигледност“ да постоји правнорелевантна чињеница на коју се не позивају странке није довољан разлог да се негира њихова воља. Управо супротно – то је разлог да се њихова воља поштује. Да решење не буде сувише ригидно и противно идеји ублаженог расправног начела, суд у таквој ситуацији треба да упути странку којој чињеница иде у прилог да је узме као своју; суд треба да је пита о томе.²⁸ На тај начин дужност питања испуњава своју мисију омогућавања реалног сношења одговорности и реалног спровођења воље странака. Јер, странка која не преузима случајни резултат доказивања који јој иде у прилог то не чини у далеко највећем броју случајева када и није свесна његове правне релевантности.

III. Пресуде због пропуштања и изостанка

1. Везаност за ублажено расправно начело

ЗПП је задржао пресуду због пропуштања, али је изричито и јасно регулисао и пресуду због изостанка, која је могућа сада и у општем парничном поступку. Обе пресуде се везују за пасивност туженог: недавање одговора на тужбу, или неоспоревање тужбеног захтева поднеском и изостанак са првог рочишта за главну расправу. И поред различитих услова доношења, обе пресуде су засноване на истој идеји. Пасивност туженог, која је услов њиховог доношења, има значај фингираног признања тврдњи, што је и данас владајуће схватање у теорији. Исто тако, обе пресуде се могу донети само ако је тужба конклузивна.

Пресуде због пропуштања и изостанка су израз ублаженог расправног начела, јер се доносе на основу стања ствари које је формирано вољом странака, односно значајније, стање ствари није резултат уверења суда. С друге стране, потврда наведеног израза је поступање суда у случају да постоји пасивност туженог која додуше представља услов за доношење пресуде због пропуштања или изостанка, али када је тужба неконклузивна. Суд мора на то да укаже тужиоцу и да му обезбеди могућност да санира неконклузивност. Тек ако то прође безуспешно, донеће се одбијајућа пресуда – пресуда због неконклузивности (*arg.* 350 ст. 3, 351 ст. 4 ЗПП).

²⁸ За прихватљивост таквог решења говори владајуће схватање у Немачкој, односно у одређеној мери у Аустрији, у којој и поред различитог одговора на коначно питање постоји консензус у погледу дужности суда да скрене пажњу странци да постоји случајни резултат доказивања и да јој тиме омогући да га преузме кроз свој навод.

Оба аспекта који су изрази ублаженог расправног начела су спорни. С једне стране питање везаности суда за прећутно признање тврдњи, односно његово дејство уопште је у пракси доведено у питање спрам погрешног схватања негативног услова за доношење пресуде због пропуштања или изостанка у виду непостојања супротности између тврдњи тужиоца и доказа које је сам поднео. Тај услов је даље, сам за себе, проблематичан. С друге стране, у литератури има схватања да је обавезно давање шансе тужиоцу да санира неконклузивност – и тиме избегне одбијајућу пресуду – лоше решење које треба мењати.

2. Проблем негативног услова за доношење пресуда у виду непостојања противуречности између тврдњи тужиоца и приложених доказа

А. Погрешно схватање праксе

Већ је предратна пракса у складу и са аустријском, и са домаћом доктрином наглашавала да наведени услов никако не значи да за све тврдње из тужбе морају да буду приложени докази.²⁹ Ипак, у време важења ЗПП 56/76 се наилазило на супротна тумачења у пракси,³⁰ што је оштро критиковано у науци.³¹ Изгледа да такво схватање данас преовладава у судској пракси. У великој мери се укидају првостепене пресуде због пропуштања, јер тужилац није приложио доказе.³²

На овом примеру се види да пракса иако жели да побегне од начела материјалне истине, *contra legem* заправо потврђује његово постојање, јер инсистира да се пресуда мора заснивати на чињеничном стању које је „поткрепљено доказима“. У резултату то значи негирање важења ублаженог расправног начела у делу овлашћења странака да својеволјно детерминишу чињенично стање. Јер, теза о прећутном признању и не важи ако се као услов доношења пресуде због пропуштања траже и докази. Утолико је и маркантно да садашња пракса, за разлику од југословенске, уопште и не спомиње схватање да пропуштање одговора на тужбу има значај фикције или прећутног признања. То није само теоретско питање теорије, већ има суштински (практични) значај.

Пресуда на основу пропуштања се заснива на тези о прећутном признању тврдњи.³³ У складу са тим, за дејство признања – па било оно изричито или као овде фингирано – уопште није потребно да се суд увери у истинитост тврдње која се признаје. При важењу ублаженог расправног начела схваћеног као могућност располагања идеалним чињеничним стањем, односно при одређењу признања тврдњи као изјаве хтења, поткрепљеност признања доказима је противуречна. У случају пропуштања одговора на тужбу, стога, по среди је фингирано признање

²⁹ В. горе § 14 V.

³⁰ В. горе § 17 II 2 Б.

³¹ Уп. *Трива/Белајец/Дика*⁶, 500, који критикујући такво тумачење долазе до закључка да је оно апсурдно. За блажу критику в. и *Познић*, Коментар, 786.

³² ВСС ИСП 7-8/2008-103; ПАС Пж 1418/14 ПИС РС; АС КГ ИСП 2/2012-87; АС БГ ИСП 9/2011-89; ИСП 9/2011-90; ОкС НИ ИСП 11/2009-94; ОкС ЧА ИСП 7-8/2009-107; СП 10/2006, 38-81; СП 5/2006-73; ИСП 7-8/2006 71-105; ОкС УЕ ИСП 1/2008-93.

³³ В. горе § 23 II 4.

тврдњи које аутоматски доводи до формиране подлоге за пресуђење.³⁴ Захтев да фингирано признање ипак буде и поткрепљено доказима, да би оно имало дејство, доводи у питање и функционисање изричитог признања. Јер, принципијелне разлике нема: и у једном и у другом случају је непотребност доказивања последица воље странке, која се, ако се признаје ублажено расправно начело, мора поштовати. Доследан став судске праксе би зато значао да изричито признање уопште нема природу изјаве хтења и да нема дејство које му прописује ЗПП, већ да се ради о једном доказном средству које, да би успело, мора да буде праћено и даљим доказним средствима. Као што је речено, наведени став праксе је само остајање у менталним (идејним) оквирима начела материјалне истине и неразумевање је логике парничног поступка у којем важи ублажено расправно начело. Уколико је разлог за ово схватање заштита туженог који не треба да изгуби спор само на основу тврдње тужиоца, без било каквих доказа, онда се доводи у питање читава идеја одговорности странака и на крају ублажено расправно начело. Стога треба закључити да се услов из чл. 350 ст. 1 т. 2, 351 ст. 1 т. 4 ЗПП мора схватати онако како је и одредба редигована. Другим речима, ни сама редакција цитиране одредбе не даје повода за наведено схватање праксе.

Узрок за наведено погрешно схватање праксе се може тражити и у неразумевању појма конклузивности тужбе, што је последица која се враћа на неизграђеност терета тврдње. Судови очито не могу да раздвоје конклузивност тужбе као питање испуњења терета тврдње и правне квалификације тврдњи у смислу основаности тужбеног захтева од питања истинитости тврдњи, које нема везе са конклузивношћу.

Б. Теоретска конструкција

Овај услов је веома ретко предмет дубље теоријске анализе.³⁵ Њиме се бави *Б. Благојевић* још у контексту Грпп. Пропуштање туженог које може довести до доношења контумационе пресуде и за *Б. Благојевића* је прећутно признање тврдњи тужиоца, а то је оправдано у крајњој линији приватном аутономијом.³⁶ Но, за случај да су приложени докази контрадикторни тврдњама тужиоца долази до ублажења наведеног механизма, јер тада таква околност „јасно указује да се негативном држању друге странке не може приписати онај значај који му се иначе придаје“.³⁷ Дакле, у тој ситуацији и нема прећутног признања тврдњи. За *Б. Благојевића* прави смисао наведене конструкције и тадашњег позитивноправног уређења је што је

³⁴ Као репрезентативно супротно и погрешно схватање се може истаћи образложење *ОКС ЧА*, који уз тезу о нужности прилагања доказа за доношење пресуде због пропуштања истиче да, у случају да нису приложени, нису испуњени законски услови за доношење пресуде због пропуштања, „јер се не ради о општепознатој чињеници“; ИСП 7-8/2009-107. Дакле, према *ОКС ЧА* пресуда због пропуштања се може донети само на основу „доказаног“ чињеничног стања, или евентуално ако се ради о ноторним чињеницама (*sic!*).

³⁵ Мора се напоменути да ни аустријска – барем основна – литература уопште не спомиње теоретско место овог негативног услова контумационих пресуда.

³⁶ В. горе § 14 IV 4.

³⁷ Начела, 343.

више могуће обезбеђење утврђења истине, што је у складу са његовим схватањем вредности истине у поступку. Ову теоретску конструкцију касније преузима *Трива*, па тако и он истиче, додуше без позивања на *Б. Благојевића*, да у наведеној ситуацији „није разборито приписивати туженом хтење да својом пасивношћу признаје истинитост чињеничних навода која није прихватљива ни за кога“.³⁸ Види се да *Трива* додаје још један нови аргумент, а то је да се у случају противуречности навода тужбе и приложених доказа не може приписати туженом прећутно признање тврдњи, јер је претпоставка да тако штетне резултате по себе нико не жели.³⁹

На теоријском плану – као теоретска конструкција – изложено схватање се не може прихватити. Наиме, не може се у зависности од неких других услова просуђивати да ли услед пропуштања/изостанка туженог постоји фикција признања или не. Чим је дошло до такве ситуације она постоји, а сасвим је друго питање то што оно нема дејство. Принципијелно је исто и са изричитим признањем које је противно општепознатим чињеницама. Оно не производи дејство – везаност суда за њега – али нико не доводи у питање да оно постоји. Управо тако је овде. Стога прећутно признање постоји, али сходно изричитој одредби ЗПП оно нема дејство.

На истој теоретској конструкцији су и друге парничне радње странака које постоје, али не производе дејство. Такав је увек случај када се располаже предметом спора противно чл. 3 ст. 3 ЗПП; нпр. признање тужбеног захтева постоји, али не производи дејство (доношење пресуде на основу признања).

В. Суштинско питање: оправданост постојања и последице

На изложено теоретско виђење овог негативног услова за доношење пресуда због пропуштања и изостанка се надовезује суштинско питање оправданости његовог постојања, у том смислу и последица на догматичком плану. Наиме, поставља се питање због чега уопште постоји ограничење дејства фингираног признања тврдњи, када за изричито признање оно не важи барем не на редакцијском плану? Због постојања чл. 350 ст. 1 т. 2, 351 ст. 1 т. 4 ЗПП целокупна идеја о располагању идеалним чињеничним стањем се доводи у питање. Уколико се полази од ублаженог расправног начела, и у том смислу се воља странака и у домену признања тврдњи обезбеђује и штити, онда су цитиране одредбе у делу који се односи на противуречност навода тужбе и приложених доказа страном телу и системска грешка. Чак ни *Тривина* теза о претпоставци да нико нормалан не пристаје на такве штетне последице по себе није у стању да одбрани њихово постојање. Јер, није ли смисао идеје о слободи и одговорности странака у поступку, која оправдава како начело диспозиције, тако и ублажено расправно начело, управо могућност поступања (или непоступања) на сопствену штету све док је то у допуштеним границама јавног интереса? Тужени може да призна тужбени захтев и

³⁸ ГПП I², 512; *Трива/Белајец/Дика*⁶, 500. *Трива* раније изражава исту мисао још јасније: „Неосновано је претпоставити да би нормалан тужени пристао да се његово ћутање протумачи као прећутно признање и оних навода за које је ноторно да су неистинити, односно и оних навода чија неистинитост произилази из доказа које је сам тужилац већ поднео суду“; ЗбоЗГ 10 (1960), 286 (293).

³⁹ На *Тривину* идеју се касније ослањају и други; тако *Бодирога* *Анали* LV/1 (2007), 136 (140).

онда када суд већ формира потребно уверење на основу којег закључује да треба одбити захтев; *mutatis mutandis* за случај одрицања од тужбеног захтева. Необориво претпостављати да је тужени у случају противречних навода тужбе и приложених доказа ипак оспорио тврдње тужиоца – што је резултат наведеног схватања – управо нема разборитог основа у моделу поступка у којем странке имају широку слободу и одговорност. Да је тужени заиста хтео да се брани тужбе чија је чињенична подлога противуречна доказима, па он би свакако дао одговор на тужбу и указао на то.

Постојање овог негативног услова би свакако могло да се схвати као показатељ да заправо ублажено расправно начело и не постоји. Другим речима, на основу њега би се аналогично дошло до закључка да било које признање тврдњи – изричито или фингирано у смислу неиспуњења терета изјашњавања – има своје дејство само ако није у супротности са приложеним доказима. Тиме би се, заправо, створила потреба за комплетним редефинисањем признања тврдњи, што би у резултату водило схватању о пукој изјави о знању и квалификовању као доказном средству. С обзиром на изложену аргументацију у том погледу, тако нешто није одговарајуће за систем ЗПП.⁴⁰ Стога став о примени аналогичности не би био исправан, јер нису испуњени услови за њу. Уколико се ради о вољи странке да одређене тврдње буду непроверено део подлоге за пресуђење, и у зони дозвољених располагања се воља мора поштовати, онда би аналогичност била лишена основног услова, а то је телеолошки моменат. Управо супротно, телеолошки и системски аспекти говоре у прилог преиспитивању оправданости постојања чл. 350 ст. 1 т. 2, 351 ст. 1 т. 4 ЗПП у деловима који се тичу супротности између тврдњи тужиоца и приложених доказа.

3. Посебно о критици упућивања тужиоца да допуни наводе или да преиначи тужбу у случају неконклузивне тужбе

Механизам који следи након пропуштања одговора на тужбу, односно изостанка туженог за првог рочишта, у случају неконклузивне тужбе наилази на критике. Уређење по којем се тужба не одбија аутоматски, већ се се заказује рочиште на којем тужилац може да употпуни тужбу или да је преиначи, Б. Живковић отворено назива неприхватљивим „поправним испитом“ за тужиоца. У том смислу и предлаже *de lege ferenda* његово укидање.⁴¹ Међутим, изгледа да он тако закључује само за случај када је тужба неконклузивна у ужем смислу, јер за случај неконклузивности услед непотпуности тврдњи сматра већ *de lege lata* да тужилац никако не може да санира недостатак. Његова теза је да пропуштањем одговора на тужбу настаје неоспорено чињенично стање које онда везује и тужиоца, „јер га чини немоћним да променом одређене чињеничне тврдње или њеним изостављањем образује нов чињенични основ“.⁴² Уколико смо добро схватили, по њему суд треба да одбије неконклузивну тужбу и поред тога што тужилац на

⁴⁰ В. горе § 23 I 2.

⁴¹ Б. Живковић СП 7-8/2006, 52 (56).

⁴² СП 7-8/2006, 52 (55).

припремном рочишту – које се иначе заказује управо због тога! – истиче потребне тврдње и санира неконклузивност. Треба напоменути да овакво схватање у суштини није ново, већ да га у свом резултату заступају *Цуља* и *Трива*. Они већ након увођења оваквог изричитог механизма у позитивно право⁴³ сматрају да контумациону пресуду која је донета на основу неконклузивне тужбе по жалби жалбени суд не треба да укине, већ да је пресудом преиначи и одбије тужбени захтев.⁴⁴ Суштински, то је исти став као и изложено схватање *Б. Живковића*, јер *Цуља* и *Трива* индиректно говоре да тужиоцу не треба давати „поправни испит“. Наиме, последица укидања пресуде у тој ситуацији је враћање поступка у стадијум након изостанка и давање могућности тужиоцу да преиначи тужбу, или да је употпуни конклузивним наводима. Ако се то одриче, онда се јасно и негира цело наведено уређење „поправног испита“.⁴⁵

Став *Б. Живковића* у погледу *de lege lata* стања се не може прихватити. Прво, он противречи самом законском тексту, а изостаје било каква аргументација у погледу занемаривања изричитих одредби. Управо супротно, санирање неконклузивност тужбе уз навођење нових тврдњи које фале је у складу са конструкцијом поступка у којем не постоји ригидна евентуална максима по којој би преклузија за тужиоца наступала већ подизањем тужбе, што је заправо резултат *Живковићевог* схватања.⁴⁶ Уз то, уколико би се прихватио такав став, онда је заказивање припремног рочишта у потпуности бесмислено – чему оно служи уколико тужилац не може да употпуни своје наводе? На крају, могућност санирања неконклузивности у овом случају не треба изоловано гледати, већ у складу са идејом о саодговорности суда. Јер, рочиште се заказује да би се тужиоцу указало на дефиците, што није ништа друго до испуњавање дужности питања за овај конкретан случај. Идеја је иста као и за све случајеве када постоји потреба за упућивањем странака због дефицита тврдњи, а то је избегавање пресуда на основу терета тврдње и омогућавање доношења материјалноправно исправне пресуде, односно уопште спречавање пресуда изненађења; у крајњој линији то је омогућавање реалног сношења одговорности. Тиме се уопште не доводи у питање право на саслушање туженог, што је изгледа подлога *Живковићевог* схватања, али и ставова других који критикују решење из чл. 350 ст. 3, односно чл. 351 ст. 4 ЗПП.⁴⁷ Наиме, санирање неконклузивности кроз нове тврдње спречава доношење одбијајуће пресуде (пресуде због неконклузивности), али не води аутоматски доношењу контумационе пресуде. Туженом се мора обезбедити могућност да се изјасни на нове наводе

⁴³ У Грпп одговарајућа редакција није постојала, али како је речено већ је одавно фундирана теза у аустријском поступку да суд може да одбије тужбу због неконклузивности у след непотпуности само ако претходно упути тужиоца да санира недостатак, а он то не учини (в. горе § 12 П 1).

⁴⁴ *Цуља* у *Цуља/Трива*, Коментар II, 199; *Трива* ЗбоЗГ 10 (1960), 286 (293).

⁴⁵ Утолико је *Трива* заправо противуречан сопственом начелу отвореног правосуђења. Наиме, пресуда због пропуштања се у случају неконклузивности укида да би првостепени суд урадио оно што је требао – упућивање тужиоца на неконклузивност и пружање шансе да се она санира.

⁴⁶ Он, међутим, у свом каснијем раду изричито негира преклузију изношења чињеница за тужиоца већ са тужбом, с тим да то истиче у контексту редовног тока поступка, дакле мимо пропуштања; уп. *Б. Живковић* Билтен АС БГ 4 (2012), 37 (41 и след.).

⁴⁷ Уп. *Познић/Ракић-Водинелић*¹⁶, т. 645; *Јакишић*⁶, т. 2640 и след.

тужиоца, па тек након тога би могло да се говори о доношењу контумационе пресуде у хипотези да он опет остане пасиван.⁴⁸

Наведено схватање ни *de lege ferenda* није прихватљиво, јер то заправо значи негирање дужности питања суда у случају пропуштања одговора на тужбу или изостанка туженог. Оно се свакако може бранити аргументацијом, што изгледа и јесте смисао настојања, да суд ионако треба да буде пасиван. У том смислу је наведени став само показатељ основне линије догме о чистом расправном начелу, у којој је фундаментална и иманентна идеја елиминисање било какве судијске активност и одговорности. Више пута је речено да то није прихватљиво нити за српски правни поредак, нити за конструкцију парничног поступка на основу принципа *iura novit curia*.⁴⁹ У великом броју случајева би то било „легализовање“ пресуда изненађења, што је супротно праву на саслушање као делу права на правично суђење, а помало парадоксално оно је највише акцентована вредност код заступника догме о чистом расправном начелу.

IV. Пресуда без усмене расправе и ублажено расправно начело

1. Појам и оправдање пресуде без усмене расправе

Пресуда без усмене расправе представља пресуду која се доноси на основу неспорног стања ствари након одговора на тужбу (чл. 291 ст. 2 ЗПП). Она није резултат усменог расправљања, јер се доноси без одржавања било каквог рочишта; још мање су јој подлога резултати доказивања, јер чињеничну подлога представљају неспорне тврдње тужиоца, и то тако што их је тужени признао у одговору на тужбу. Уколико тужени у одговору на тужбу износи и сопствене тврдње, више нема говора о могућности доношења ове пресуде, јер се у том случају обавезно заказује рочиште; то је нужно ради обезбеђења права на саслушање тужица.⁵⁰

Ова пресуда је уведена у општи парнични поступак тек у ЗПП 04, с обзиром да је до тада, додуше у нешто другачијем облику, постојала само у привредним споровима као посебном поступку. ЗПП је преузео решење свог претходника, па тако већ десет година она постоји као институт.⁵¹

⁴⁸ То би значило једно креативније тумачење ЗПП, јер би нове тврдње требале да се схвате као тужба и да се сходно томе туженом остави нови рок за одговор на тужбу, или у случају када су постојали услови за доношење пресуде због изостанка заказивање новог рочишта које би имало природу или припремног рочишта или првог рочишта за главну расправу ако се припремно не држи (нпр. багателни спорови). Исто у резултату већ *Џуља у: Џуља/Трива*, Коментар II, 126.

⁴⁹ В. горе § 21 III 3.

⁵⁰ Тако и *Г. Станковић* ПИ 10/2013, 45 (49/50); уп. и *Јакић*⁶, т. 2608 и след.

⁵¹ Супротно, међутим, *Ракић-Водинелић*, која је критикујући *Г. Станковић* изричито сматрала да и поред и више него јасног законског одређења ова пресуда није постојала у ЗПП 04. Наиме, по њој за постојање ове пресуде није довољно овлашћење председника већа из чл. 286 ЗПП 04 (данашњи чл. 291 ст. 2 ЗПП), јер оно има за циљ само да одреди састав суда у припремном поступку. Напротив, сматра да по чл. 6 ЕКЈП, странка има право на усмено и јавно расправљање о свом захтеву, а ако закон није одредио одрицање странке од овог права, нема места доношењу описане одлуке. Закључно истиче да је такву пресуду могуће донети примера ради у хрватском праву, али у тамошњем ЗПП постоји основ за такву одлуку; *Познић/Ракић-Водинелић*¹⁶, т. 273. Наведени став је, па и спрам поређења хрватског права са домаћим, било немогуће одбранити у систему ЗПП 04, а тако

У погледу природе пресуде без усмене расправе у доктрини постоји спор. По једном схватању ова пресуда је тзв. једнострана пресуда,⁵² док је по другом схватању она контрадикторна.⁵³ С обзиром да ово питање није од значаја за везаност пресуде без усмене расправе за ублажено расправно начело, оно се може оставити по страни.⁵⁴

Увођење пресуде без усмене расправе у општи парнични поступак се правдао идејом о конкретизацији „принципа суђења у разумном року“, као и поштовањем препорука Савета Европе, чиме се „доприноси хармонизацији нашег права са стандардима и принципима европског права“.⁵⁵ О последњем аргументу као погрешном приступу је већ било речи, а треба поновити само да европско право као такво уопште не постоји, а још мање је пресуда без усмене расправе као у ЗПП присутна у референтним упоредноправним системима.⁵⁶ Нема сумње да је сврха ове пресуде ефикасност пружања правне заштите, те она заиста доприноси обезбеђењу окончања поступка у разумном року. Међутим, постојање пресуде без усмене расправе је у догматичком и вредносном смислу оправдано пре свега ублаженим расправним начелом. Оно је у сржи ове пресуде и без њега је она незамислива, јер се доноси на основу чињеничне подлоге коју својим радњама формирају саме странке. Другим речима, чињенично стање није резултат доказивања, већ воље туженог да чињеничне тврдње тужиоца буду непроверено целокупна подлога за пресуђење. Управо због тога је пресуда без усмене расправе могућа само у случајевима у којима је воља странака у погледу формирања чињеничног стања пресудна. Уколико се ради о поступцима у којима не важи ублажено расправно начело, нема говора о њеном доношењу.⁵⁷ Према томе, ова пресуда се мора гледати, пре свега, као израз ублаженог расправног начела, а тек потом као израз идеје о ефикасности и економичности. Све док важи ублажено расправно начело она је могућа, а у супротном је незамислива, колико год то било у складу са правом на суђење у разумном року. Она је без сумње израз слободе и одговорности странака у погледу идеалног чињеничног стања, и то је њено пресудно оправдање, које оправдава њену сврху, а то је ефикасно и економично пресуђење.

је и данас. Овлашћење председника већа да може да донесе пресуду без усмене расправе ако након одговора на тужбу нема спорних чињеница (чл. 276 ст. 2 ЗПП 04, одн. чл. 291 ст. 2 ЗПП) се не може другачије схватити него као могућност доношења ове пресуде.

⁵² Г. Станковић ПИ 10/2013, 47 (51); Боранијашевић, 58.

⁵³ Јакшић⁶, т. 2608.

⁵⁴ Свакако да је полазно питање дефинисање једностраних и контрадикторних пресуда уопште. Треба само напоменути да је схватање да пресуда без усмене расправе спада у једностране противречно самом себи. Наиме, истиче се да контрадикторне пресуде подразумевају да се „доноси пресуда којом се одлучује о захтевима странака, међусобно супростављеним“; Боранијашевић, 58. Пресуда без усмене расправе управо подразумева да је тужени поставио свој захтев – захтев за одбијањем, јер је оспорио тужбени захтев. Да није, он би га признао, па би се донела пресуда на основу признања. Трећа могућност не постоји.

⁵⁵ Тако Боранијашевић, 70; слично Г. Станковић Право 11/2005, 3 (5); уста ПИ 10/2013, 45 (46).

⁵⁶ Као таква она нпр. не постоји нити у немачком, нити у аустријском праву.

⁵⁷ Тако и Боранијашевић, 71; Г. Станковић ПИ 10/2013, 45 (50).

2. Услови за доношење пресуде без усмене расправе и ублажено расправно начело

У ЗПП су услови за доношење пресуде без усмене расправе сведени на два. Први је да након одговора на тужбу суд утврди да „међу странкама нису спорне чињенице“, а други је да „не постоје друге сметње за доношење одлуке“. У сваком случају, одредба је редигована тако да то и није обавеза суда, с обзиром да се предвиђа да суд „може“ да донесе ову пресуду (чл. 291 ст. 2 ЗПП).

У теорији се услови за доношење пресуде схватају доста шире од редакције самог ЗПП. У том смислу се пре свега истиче, што је већ и споменуто и што је логично, да је пресуда могућа уколико странке могу да располажу захтевом; другим речима, да у конкретном спору важи ублажено расправно начело. Исто тако, услов да је стање ствари неспорно се везује за изричито признање тврдњи у одговору на тужбу. На крају, говори се о томе да се пресуда може донети само ако је одлука о тужбеном захтеву зрела за пресуђење.⁵⁸

Наведени услови се без сумње тичу ублаженог расправног начела. Не само да питање неспорног стања ствари задире у његову суштину, што је очигледно, већ и питање зрелости за пресуђење.

А. Неспорно стање ствари

Први и основни услов за доношење ове пресуде је „утврђење суда да међу странкама нема спорних чињеница“. Када се стави у контекст ублаженог расправног начела у делу који се тиче потребе за доказивањем због држања странака наведено одређење поставља дилему: Да ли неспорно стање ствари подразумева само изричито признање свих тврдњи, или у обзир долази и изостанак оспоравања појединих тврдњи, тј. неудовољавање терету изјашњавања већ у одговору на тужбу?

У доктрини *Г. Станковић* се изричито осврнула на овај проблем, који је спрам њеног мишљења и основна манифестација за њу погрешног увођења терета изјашњавања. Ако смо добро разумели, она заступа став да само признање свих тврдњи у одговору на тужбу омогућава доношење пресуде без усменог расправљања, док изостанак оспоравања не.⁵⁹

На језичком нивоу тумачења чл. 291 ст. 2 ЗПП закључак би био да само изричито признање доводи до могућност пресуђења без усмене расправе. Неспорно је нешто што је учињено неспорним, дакле радњама странака, а то је по природи ствари само признање тврдњи. Да је постојала намера да се обухвати и изостанак оспоравања, употребио би се други прикладнији термин у чл. 291 ст. 2 ЗПП. Наиме, употребило би се „неоспореност“ уместо неспорности стања ствари. „Неоспореност“ у себи подразумева како признање тврдњи, тако и изостанак оспоравања. Осим тога, што је много важнија аргументација, последица

⁵⁸ *Г. Станковић* у: Новине у ГПП, 52/53 ; уста ПИ 10/2013, 45 (48); *Боранијашевић*, 70.

⁵⁹ ПИ 10/2013, 45 (49 и след.).

неиспуњења терета изјашњења наступа тек на припремном рочишту,⁶⁰ па тужени не би могао да буде преклудирани да испуни свој терет изјашњења уколико то није учинио у одговору на тужбу.

Међутим, наведена теза може да води ка неприхватљивим резултатима спрам сврхе ове пресуде. Неизјашњење туженог на неке тврдње тужиоца, уз признавање других, понекад заиста може да има значај признања тврдњи. То није последица неиспуњења терета изјашњавања, већ право конклюдентно признање тврдњи. У обзир долази схватање *Познића* још у време важења ЗПП 56, а касније и ЗПП 76, у виду тезе о животном искуству, по којем неизјашњавање у потпуности о једној тврдњи треба видети као прећутно признање; по животном искуству се странка својим радњама концентрише на оне противникове тврдње којима оспорава тачност.⁶¹ У том смислу управо ако постоји признање неких тврдњи, а о другима се тужени и не изјашњавања, већ своди своју одбрану на чист терен права и неконклузивности тужбе, то по животном искуству може да говори да нема воље за неприхватањем тврдњи тужиоца.

Наведена дилема није једина у доктрини, већ је и питање дејства признања тврдњи више него спорно, чиме се показује да се прави паралела са контумационим системом. Наиме, део доктрине изричито напомиње да ће пресуда без усмене расправе моћи да се донесе не само ако је тужени признао тврдње у одговору на тужбу, већ и ако тврдње тужиоца нису у супротности са исправама као доказима које су парничари приложили уз своје поднеске.⁶² *Боранијашевић* иде и даље, па наводи да је

[п]ризнање чињеница у тесној вези са доказима који су приложени. *Тужени може само признати чињенице које је тужилац у тужби означио и поткрепио одређеним доказима* (курз. М. К.).⁶³

Према томе, не само да се негативан услов за доношење пресуде због пропуштања и изостанка аналогно преноси и на питање дејства признања тврдњи као услова доношења пресуде без усмене расправе, већ се додатно истиче да је услов дејства признања тврдњи поткрепљеност доказима. На овај начин у парничном поступку се доводи у питање сам смисао признања тврдњи, јер се изричито негира слобода странака. Оно, по овом схватању, има дејство само ако је праћено доказима. За такво схватање нема нити ослонаца у одредбама ЗПП, нити је у складу са важећим ублаженим расправним начелом и идејом о слободи и одговорности странака.⁶⁴ Исто тако, није оправдана ни теза да изричито признање тврдњи неће имати дејство уколико је у супротности са приложеним доказима. Како је већ речено, и за

⁶⁰ В. горе § 23 II 2 Б.

⁶¹ ЗбоЗГ 10 (1960), 269 (269); Коментар, 576.

⁶² *Г. Станковић*⁷, 465; *уста* ПИ 10/2013, 45 (50); *Боранијашевић*, 71.

⁶³ 71.

⁶⁴ Због тога је и сам *Боранијашевић*, 71, контрадикторан, јер претходно истиче да је пресуда без усмене расправе могућа у парницама где важи расправно начело, односно изричито напомиње да „како су странке у овим парницама овлашћене да располажу процесним материјалом, тако је тужени овлашћен да у одговору на тужбу призна чињенице“. Како је могуће да тужени има овлашћење да располаже процесним материјалом и да призна тврдње тужиоца, ако се захтева да је свака тврдња поткрепљена доказима?

контумационе пресуде је такво одређење крајње упитно и противно је ублаженом расправном начелу. Не постоји стварни разлог да се изричито воља туженог ограничава тиме што суштински суд сумња да признање не одговара стварности. Како је већ на више места речено у овом раду, ограничавање основних вредности које стоје иза концепта ублаженог расправног начела је могуће само онда када је тангиран јавни интерес, што није случај онда када тужени једноставно пристаје да тврдње тужиоца буду подлога за пресуђење. Забрана процесног самоповређивања и туторисање странака је страна поступку у којем се одлучује о субјективним правима и интересима.

Б. Зрелост за пресуђење

Зрелост за пресуђење представља други услов за доношење пресуде без усмене расправе. У доктрини се даље од таквог одређења не иде, па се и не поставља питање које је и пресудно у погледу стварног значаја зрелости. Јер, ствар је принципијелно зрела за пресуђење и када постоји дефицит тврдњи; суд нема могућности да самостално истражује чињенично стање. Стога је питање да ли је пресуда без усмене расправе могућа и као пресуда на основу терета тврдње. Наиме, након давања одговора на тужбу и констатовања да је стање ствари неспорно, могуће су две ситуације. Прва, да неспорно стање ствари у потпуности омогућава примену материјалноправних норми; другим речима, нема дефицита тврдњи. Друга, међутим, подразумева да спрам праве оцене суда управо постоји дефицит тврдњи.

С обзиром да је у данашњој домаћој доктрини готово непознат концепт објективног терета тврдње, наведена дилема и није присутна. Међутим, могло би да се закључи да доктрина управо негира могућност пресуђења на основу терета тврдње у овом случају. Наиме, већ тиме што се захтева зрелост за пресуђење се показује свест да постоји и незрелост, што би био управо дефицит тврдњи.⁶⁵ Такво схватање је исправно, али је потребно да се посебно образложи.

Зрелост за пресуђење у смислу чл. 319 ст. 1 ЗПП подразумева заиста и дефицит тврдње, али тек након неуспешне активности суда на санирању дефицита. Пресуда на основу терета тврдње је могућа тек пошто странка која сноси терет не постави дефицитарну тврдњу након указивања суда. Општа је дужност суда да обезбеди свестрано расправљање предмета спора и у том смислу да води поступак у смеру формирања идеалног чињеничног стања. Наравно, све што суд може да учини се своди на постављање питања, али то не дира у једну од његових најважнијих дужности. Управо због тога се не види никакав разлог да се заправо негира цео концепт ублаженог расправног начела у случају када након одговора на тужбу заиста нема више спорних чињеница, али постоји дефицит тврдње. Пресуђење без усмене расправе због дефицита тврдњи обесмишљава ублажено расправно начело,

⁶⁵ Б. Живковић је најближи препознавању проблема дефицита тврдњи након одговора на тужбу у којем су признате тврдње тужиоца, с обзиром да истиче да је „*ratio legis* овог решења постојање међу странкама у целини неспорног а за одлуку довољног чињеничног стања важног за примену материјалног права“ (курз. М. К.); Билтен АС БГ 4 (2012), 37 (42).

јер се управо негира дужност суда да се стара да се предмет свестрано расправи. У великом броју случајева би то била уједно и пресуда због изненађења. Према томе, нема никаквог разлога да се одустаје од редовног механизма пресуде на основу терета тврдње који подразумева да претходно суд мора питањима да утиче на санирање дефицита. Додатна потврда је и аналогна ситуација у случају пропуштања одговора на тужбу и њене неконклузивности. Суд не сме да одбије тужбу због неконклузивности, већ мора да закаже припремно рочиште и да питањима подстакне тужиоца да постави дефицитарне тврдње. С обзиром да пропуштање одговора на тужбу подразумева фингирано признање тврдњи, нема никаквог разлога да то не важи и за случај изричитог признања. Једном речју, пресуда без усмене расправе не може да има другачији третман од свих других пресуда које се доносе применом материјалног права на чињенично стање, без обзира како се оно формирало.

На крају, уколико се у овој ситуацији зрелост за пресуђење не би схватила на изложени начин, то би имало значај преласка заиста на евентуалну максиму. Наиме, и сам тужени у одговору на тужбу уз признање тврдњи може да указује на неконклузивност тужбе, па и у смислу дефицита тврдњи. С обзиром да је питање конклузивности правно питање, јасно је да овакав вид одбране не значи и оспоравање тврдњи. Уколико би се након таквог одговора донела одбијајућа пресуда без усмене расправе управо механизмом терета тврдње, тужилац би био тешко оштећен. Он би се лишавао права да санира дефицит тврдње даљим поднеском или на припремном рочишту, што у резултату није ништа друго до евентуална максима. ЗПП није израђен на њој, па зато и суд не сме да поступа тако да је чак и на мала врата уводи.

У највећем броју случајева, због конструкције ове пресуде, суд би био у прилици да одбије тужбени захтев због неконклузивности, тј. дефицита тврдњи за које тужилац сноси терет. Но, није незамислива и ситуација где би након одговора на тужбу у којем тужени признаје тврдње тужиоца постојао дефицит тврдњи за које он сноси терет. Примера ради, тужилац у тужби не само да износи тврдње за које он сноси терет, већ износи и тврдње за које тужени сноси терет. Тужени све то признаје. Међутим, управо спрам последњих тврдњи се показује да постоји дефицит. Тада би сходно правилима о терету тврдње, уз конклузивност тужиочевих навода, требала да се донесе усвајајућа пресуда на основу терета тврдње.

Зрелост за пресуђење у смислу пресуде без усмене расправе према томе има исто значење као иначе. То је или постојање довољног чињеничног супстрата да примену материјалног права, или постојање дефицита тврдњи који нису санирани након питања суда. С обзиром да је последње могуће само након одржавања рочишта, произилази да пресуда без одржавања расправе не може да буде пресуда на основу терета тврдње.

Овим тужени није оштећен и није у неравноправном положају, иако се на први поглед тако чини. Наиме, може се рећи да се тужилац фаворизује, јер се њему омогућава санирање неконклузивности, док туженом не следује никакво упућивање; то већ по дефиницији, чини се, руши равнотежу. Ипак је то само привидно. Наиме,

туженом итекеко следује упућивање уколико за то постоје услови. Међутим, то претпоставља да је он у одговору на тужбу не само признао тврдње тужиоца, већ је и истакао тврдње за које он сноси терет – редовно импедитивне или екстинзивне чињенице. Чим је таква ситуација, о пресуди без усмене расправе нема говора, јер се сада тужиоцу мора омогућити да се изјасни на тврдње туженог, а он има могућност да то учини и на припремном рочишту. Дакле, у тој ситуацији се неизоставно заказује припремно рочиште, на коме ће, према општим правилима и уколико за то постоји повод, суд тражити од туженог да употпуни своје тврдње.

Тужилац тужбом тражи исплату куповне цене од туженог, наводећи супстанцирано да је уговор закључен и да је ствар предата туженом као купцу. Тужени у тужби признаје да је закључио уговор о продаји са тужиоцем, да је ствар примио, и сам наводи да није исплатио цену. Међутим, супстанцирано наводи и да је купљена ствар била са материјалним недостатком који је открио два месеца по предаји ствари, па у складу са тим он истиче приговор смањења цене (чл. 500 ст. 2 ЗОО). Суд заказује припремно рочиште и пре свега тражи од туженог да употпуни своје тврдње у погледу обавештења тужиоца о недостацима робе, с обзиром да је битна чињеница за његов приговор благовремено обавештавање продавца о недостацима (чл. 482 ст. 1 ЗОО).

Види се, дакле, да тужени уопште није у неравноправном положају, већ да је овде изложено схватање о зрелости за пресуђење као услови пресуде без усмене расправе доследна примена ублаженог расправног начела, и у том смислу идеје о судијској саодговорности. У корену судијске дужности питања је и једнакост странака.⁶⁶

У закључку треба напоменути и да је изложено схватање нужност посматрања поступка као претпостављене непротивуречене целине. Уколико су нека решења противуречна, онда барем мора да се покуша превазилажење (наизглед постојеће) противуречности сходно прихваћеним методама. Пре свега то је вредновање опција, а како је обезбеђивање дужности упућивања темељна вредност у овом случају, јасно је да се одредба чл. 291 ст. 2 ЗПП мора сходно томе и тумачити. На крају, и сама редакција одредбе уопште не представља брану за понуђено решење, већ се напротив одређењем да „суд може да донесе пресуду“ ако „не постоје друге сметње за њено доношење“ оправдава наведено схватање. Сметње у наведеном контексту су управо дефицити тврдњи.

⁶⁶ Уп. већ *Peters*, 110/111: носеће идеје дужности питања су помоћ странкама и једнакост оружја; тако и данас *Wagner* in: *MünchKommZPO*³, § 139 Rn. 1.

§ 28 Функционисање ублаженог расправног начела у поступку по правним лековима

У уређеном судском поступку, који подразумева макар двостепеност, може се рећи да је за прави значај његових установа пресудан њихов третман у поступцима по правним лековима. Тим пре то важи за конкретизацију установа које се односе на одговорност субјеката за идеално чињенично стање, тиме и исправност пресуђења, што је смисао института који су директна последица ублаженог расправног начела.

Српски парнични поступак је променио парадигму тиме што је напустио начелну допуштеност новота. Како је то и био разлог суштинског непостојања реалног концепта саодговорности суда у ЗПП 56/76, потребно је данашњи систем размотрити управо у том кључу. С друге стране, схватање које је успостављено у југословенској доктрини, и које је до данас владајуће, о томе да кршење дужности питања представља релативно битну повреду поступка, која је уједно и непотпуно чињенично стање, треба да се релативизује. Упоредноправно искуство показује да је нужно да се разлози за правни лек индивидуализују и разграниче од других, па чак и у амбијенту дифузне редакције законских одредби. Тако нешто је неопходно како би се јасно поставио оквир реалног функционисања ублаженог расправног начела, јер на крају се све своди на питање од каквог је утицаја у смислу правног лека једна процесна ситуација.

Полазна тачка за долазак до закључака у погледу третмана пресуда које су израз страначке одговорности или судијске саодговорности је дефинисање и одређивање природе непотпуног чињеничног стања. Тек након тога се може говорити о третману пресуде на основу терета тврдње у смислу правних лекова, или повреди дужности питања у истом контексту.

I. Појам и природа непотпуног чињеничног стања

1. Појам

Непотпуно чињенично стање према чл. 375 ст. 1 ЗПП подразумева да у побијаној пресуди нису „утврђене“ све битне чињенице. Ради се о ситуацији када спрам правног схватања инстанционог суда нису утврђене све конкретне чињеничне претпоставке за примену релевантне норме. Утврђење чињеница нема значај који би му се давао на први поглед у смислу резултата доказивања. Напротив, утврђење подразумева спомињање једне чињенице у чињеничном стању пресуде, која је утврђена на процесноправно релевантан начин – јер је призната, јер није оспорена, јер је утврђена доказивањем, јер је ноторна и сл. Дакле, за појам непотпуног чињеничног стања је битно да у чињеничном стању пресуде нема спомена свих чињеница које су потребне за примену конкретне норме.

2. Поливалентност непотпуног чињеничног стања

У излагању о систему ЗПП 56/76 је истакнуто да је у тадашњој доктрини била присутна идеја о поливалентности непотпуног чињеничног стања.¹ И данас је владајућа таква мисао, с тим да се чини да постоје грубо два правца. С једне стране се говори да непотпуно чињенично стање може бити узроковано или погрешном правном оценом, када је оно уједно и погрешна примена материјалног права, или може бити узроковано само кршењем неке процесне одредбе – пре свега дужности питања – која се односи на сакупљање процесног материјала, када је оно уједно и релативно битна повреда поступка.² С друге стране је схватање које заправо у непотпуном чињеничном стању види увек и релативно битну повреду поступка.³

За одређивање природе непотпуног чињеничног стања претходно је потребно да се испита у укупности његова поливалентност, а нарочито теза раздвојености непотпуног чињеничног стања, по којој би оно, с једне стране, било последица погрешне правне оцене, и с друге стране последица грешке суда у примени процесних норми.

А. Непотпуно чињенично стање је увек погрешна примена материјалног права

Погрешна примена материјалног права према ЗПП постоји када суд није применио одредбу материјалног праца коју је требало да примени или ако такву одредбу није правилно применио (чл. 3776 ЗПП). У доктрини се погрешна примена материјалног права традиционално разрађује кроз учење о супсумционој и интерпретативној грешци. Ипак, нема јединственог одређења. По једном схватању супсумциона грешка је избор погрешне норме, док је интерпретативна добар избор, али је норма погрешно протумачена.⁴ По другом схватању супсумциона грешка подразумева да је тачно одабрана правна норма и схваћен њен садржај, али је погрешно закључено да су испуњени услови за њену негативну или позитивну примену, док интерпретативна грешка подразумева да није исправно схваћен смисао и важност норме.⁵

Разликовање супсумционе и интерпретативне грешке само по себи није погрешно, али оно није пресудно за појам погрешне примене материјалног права, нити има практичне последице.⁶ Чини се да се недовољно пажње поклања суштинској подели овог разлога правног лека, а то је подела према последицама њеног постојања.

Смисао погрешне примене материјалног права као разлога правног лека је у контроли резултата силогизма – изреке пресуде. Инстанциони суд не контролоше

¹ В. горе § 17 VI 2.

² Тако Познић/*Ракић-Водинелић*¹⁶, т. 695.

³ Тако *Кеча*⁵, 331; слично *Јакшић*⁶, т. 3251

⁴ *Кеча*⁵, 332; *исти*, Редовни правни лекови, 204; *Г. Станковић*⁷, 492.

⁵ *Познић*, Коментар, 915/916. Ово схватање је владајуће у немачкој доктрини; уместо свих *Rosenberg/Schwab/Gottwald*¹⁷, § 142 Rn. 24 и след.

⁶ За практичну неважност тако и *Познић/Ракић-Водинелић*¹⁶, т. 697.

исправност закључака о конкретним елементима доње премисе, јер је то питање правилности чињеничног стања. Исто тако, он не контролише начин формирања доње премисе, јер је то питање примене процесног права. Он једино проверава исправност резултата силогизма спрам *утврђеног чињеничног стања* побијане пресуде и *његовог* правног схватања. Појам погрешне примене материјалног права се не може схватити само спрам језичке редакције чл. 376 ЗПП, већ се мора имати у виду наведени смисао овог разлога правног лека, због чега је овде нужно узети у обзир савремено учење о силогизму. Наиме, *Лајполдово* схватање о могућности примене норми, које је резултат дискусија о терету доказивања, показује се као кључно и за разумевање контроле примене материјалног права у побијаним пресудама од стране инстанционих судова.

Погрешна примена материјалног права је грешка у методолошком процесу силогизма која има свој резултат у погрешном закључку, а узрок је погрешно схватање да је било услова за такав закључак. Као једина грешка која се издваја јесте неправилни закључак да из утврђеног чињеничног стања произилази основаност/неоснованост тужбеног предлога. Грешка се манифестује у резултату силогизма, и то тако што његов резултат при правилном правном схватању не произилази из чињеничног стања. Другим речима, нижестепени суд је сматрао да има (довољно) разлога да у позитивном или негативном смислу примени норму. Са аспекта правилног схватања релевантне норме и логички исправног силогизма, свака грешка је супсумционе природе: нижестепени суд је из његове доње премисе извео погрешан закључак. Грешка је у томе да он – при исправном правном схватању – или уопште није могао да изведе било какав закључак (непотпуно чињенично стање), или је извео погрешан закључак (права супсумциона грешка). Ту се показује да у логичком смислу не постоји подела на погрешну примену материјалног права узроковану погрешним избором материјалноправне норме,⁷ или применом оне која је укинута или измењена,⁸ или одбијањем попуњавања правне празнине,⁹ или примена праве норме али уз погрешно тумачење,¹⁰ или погрешном оценом да су испуњени услови за позитивну или негативну примену норме.¹¹ То је

⁷ ВСС Рев 3216/98 Билтен ОкС НС 5 (2002), 40 (неузимање у обзир *lex specialis*-а); АС КГ ИСП 3/2012-64; ОкС НС Гж 6263/05 Билтен ОкС НС 12 (2007), 39 (примена домаћег уместо страног меродавног права);

⁸ ВСС Рев 3205/02 Билтен ВСС 4/2002, 109 (искључива примена судске праксе уместо прописа); Рев 3120/02 Билтен ВСС 4/2002, 126 (ретроактивна примена новелираних прописа); ПАС ИСП 9/2013-80 (неузимање у обзир новелираног прописа); АС НС Гж 4835/11 Билтен АС НС 5 (2013), 95 (неузимање у обзир одлуке УС о неуставности одредбе закона); АС КГ ИСП 9/2013-60 (примена СГЗ уместо ЗОСО); АС КГ ИСП 9/2013-56 (примена обичаја уместо закона).

⁹ АС БГ ИСП 4/2012-61 (питања накнаде штете лицима која су рехабилитована по Закону о рехабилитацији).

¹⁰ ВСС СП 7/1991-85 (погрешно схватање стандарда уобичајених трошкова сахране из чл. 193 ст. 1 ЗОО); АС НС Гж 4775/12 Билтен АС НС 5 (2013), 127 (погрешно схватање одредбе о меничним приговорима); АС БГ ИСП 9/2011-53 (погрешно схватање стандарда измакле користи из чл. 189 ст. 3 ЗОО).

¹¹ АС НС Гж 1168/12 Билтен АС НС 5 (2013), 96 (погрешна квалификација да је дошло до прекида застарелости); АС БГ ИСП 4/2013-67 (погрешан закључак да тужиља има право на накнаду штете услед губитка фетуса; но, ово материјалноправно становиште је изузетно спорно); АС КГ ИСП

евентуално значајно на феноменолошком плану. У суштинском смислу, који је уједно и једини практично употребљив, једина подела погрешне примене материјалног права је спрам реакције инстанционог суда: укидање или преиначење пресуде. У првом случају ради се о непотпуном чињеничном стању, и инстанциони суд спрам чињеничних утврђења из побијане пресуде уопште не може да испита правилност резултата силогизма, па зато укида пресуду (чл. 392 ст. 2, 416 ст. 2 ЗПП). У другом случају се ради о правој супсумционој грешци, јер је нижестепени суд извео само погрешан закључак, тј. инстанциони суд може да испита правилност резултата силогизма, јер спрам исправног правног схватања чињенично стање из побијане пресуде садржи сва утврђења; због тога и инстанциони суд преиначује побијану пресуду (чл. 394 т. 4, 416 ст. 1 у вези са чл. 416 ст. 2 ЗПП).

Да је непотпуно чињенично стање увек погрешна примена материјалног права произилази из функције инстанционог суда (жалбног или ревизијског) коју има спрам одређења да „по сл. дужности пази на правилну примену материјалног права“ (чл. 386 ст. 3 [жалбени поступак], 408 ЗПП [ревизијски поступак]). Сваки инстанциони суд контролише да ли из чињеничног стања побијане пресуде произилази исправност силогизма. Непотпуно чињенично стање као погрешна примена материјалног права подразумева да инстанциони суд уопште не може да испита правилност закључка силогизма. То је последица погрешног *правног* схватања нижестепеног суда да чињенично стање које је утврдио у потпуности омогућује конкретну позитивну примену права. Другим речима, нижестепени суд сматра да спрам његовог правног схватања у чињеничном стању постоје утврђења која се односе на све елементе норми коју позитивно примењује. Један баналан пример то треба да покаже.

У парници где се тужбеним предлогом захтева предаја ствари спрам стања ствари подлога за пресуђење је норма реивиндикационог захтева (чл. 37 ЗОСО), која гласи:

- (1) Власник може тужбом захтевати од држаоца повраћај индивидуално одређене ствари.
 - (2) Власник мора доказати да на ствар чији повраћај тражи има право својине, као и да се ствар налази у фактичкој власти туженог.
- [...]

Ако се исправно чита ова одредба, очишћена од акционоправне редакције, наведени материјалноправни захтев има лице које је власник ствари против лица које држи ствар. Дакле, конститутивне чињенице су начин стицања својине на ствари имаоца захтева (С)¹² и државина код другог лица (Д). Ако су оне испуњене наступа правна последица, која је постојање реивиндикационог (материјалноправног!) захтева (З). У смислу схеме силогизма то изгледа овако: ако С и Д, онда З.

Непотпуно чињенично стање, што је уједно увек и погрешна примена материјалног права, постоји, примера ради, у следећем случају.

1/2013-60; АС БГ ИСП 1/2013-70 (погрешна квалификација да није било некоришћења стана у смислу отказног разлога уговора о коришћењу стана према); ВС у *Пожаревцу* ИСП 10/2013-57.

¹² Тако и СС ЗСО ХХП-1998-37, као и грађанскоправна теорија, уместо свих О. *Станковић/Орлић*, *Стварно право*⁹, т. 398. Међутим, то је став и пре ЗОСО, *СВС ЗСО V/3-1960-317*.

Првостепени суд сматра да је само С елемент диспозиције норме; занемарује због погрешног правног схватања релевантност Д. Конкретан скуп чињеница *x* је такав да испуњава С, и суд само њега утврђује. Због тога сматра да је настао захтев за враћање ствари (З), и стога усваја тужбени предлог. У његовој силогистичкој операцији, следећи је низ:

Норма (горња премиса): ако С, онда З.
x је С.

Схема силогизма:

Када *x* онда С
x је утврђено

Када С онда З
С је утврђено

стога је С испуњено

стога З

По жалби другостепени суд по сл. дужности „пази на правилну примену материјалног права“ (чл. 386 ст. 3 ЗПП). Како је речено, то значи да он треба да провери да ли према његовом схватању материјалноправне подлоге за пресуђење, а спрам утврђеног чињеничног стања, произилази закључак првостепеног суда. У наведеној ситуацији жалбени суд није уопште у могућности да испита тако нешто, јер је доња премиса дефицитарна. Резултат силогизма првостепеног суда – изрека пресуде – је неисправан у том смислу да је *неизвесно* да ли је он исправан или не: због тога што нема утврђења чињеница које се односе на елемент диспозиције (Д), жалбени суд мора узети он је он можда испуњен, а можда и није, што доводи и до закључка да је правна последица З (реивиндикациони захтев) можда наступила, а можда и није. У резултату: можда је изрека побијане пресуде исправна, а можда и није. У очима жалбеног суда, који правилно схвата норму чл. 37 ст. 1 ЗОСО испитивање првостепеног силогизма изледа овако:

горња исправна премиса: ако С и Д, онда З.
x је С.

Када *x* онда С
x је утврђено

Када С и Д онда З
С је испуњено; Д је можда испуњено, а можда и није

стога је С испуњено

стога можда З, можда не-З

Јасно је да жалбени суд у оваквој ситуацији не може да испита правилност примене материјалног права, јер му недостају потребна чињенична утврђења. Једноставно, у случају непотпуног чињеничног стања ствар уопште није била зрела за пресуђење.¹³ Овако схватање, које је засновано на *Лајполдовој* доктрини о примени права, пракса одавно потврђује. Она наглашава да је у случајевима непотпуног чињеничног стања „пресуда *преурањена*, а према томе и *несигурна*“ (курз. *М. К.*).¹⁴ Много чешће се користи одређење да се

¹³ Тако и Г. Станковић Бранич 1-2/2005, 25 (30).

¹⁴ *ВСЈ ЗСО IX/2-1964-173*; у том смислу и *ОкС НС Билтен 10-2006-34*.

за сада у погледу ових околности не може испитати правилност примене материјалног права (курз. М. К.).¹⁵

Због тога је и значајно истицање да је у случају непотпуног чињеничног стања „очигледно погрешно примењено материјално право“.¹⁶

Према томе, треба закључити да је непотпуно чињенично стање увек погрешна примена материјалног права, јер се резултат пресуђења ни не може испитати спрам исправног правног схватања. Утолико је он увек погрешан.

Б. Непотпуно чињенично стање је увек апсолутно битна повреда поступка из чл. 374 ст. 2 т. 12 ЗПП

У делу који се односио на излагање система ЗПП 56/76 је речено да је тадашња апсолутно битна повреда поступка у виду немогућности испитивања пресуде због недостатака, и то „ако у њој нису наведени разлози о битним чињеницама“ ништа друго него непотпуно чињенично стање. ЗПП је задржао ову апсолутно битну повреду.

У чл. 374 ст. 2 т. 12 је предвиђена апсолутно битна повреда поступка чији је први и основни елемент диспозиције немогућност да се пресуда испита. Набрајање које следи у погледу недостатака који онемогућавају испитивање пресуде су према самој редакцији егземпларног карактера.¹⁷ Један од видова за које се везује немогућност испитивања пресуде је и изостанак навода о битним чињеницама. Према томе, већ из језичке редакције се види идентитет са непотпуним чињеничним стањем: ненавођење разлога о битним чињеницама је исто што и неутврђивање битне чињенице – она није садржана у чињеничном стању као делу образложења пресуде. С друге стране, управо одређење да се пресуда не може испитати уколико недостају битне чињенице показује да су и сами редактори закона били свесни смисла који ми дајемо појму непотпуног чињеничног стања. Јер, уколико је чињенично стање непотпуно, уопште се не може испитати правилност резултата силогизма из побијане пресуде.

Сходно реченом, непотпуно чињенично стање је увек и апсолутно битна повреда из чл. 374 ст. 2 т. 12 ЗПП.

В. Непотпуно чињенично стање је увек релативно битна повреда поступка

У литератури се заступа став, као што је речено, о тесној повезаности непотпуног чињеничног стања и релативно битних повреда. За део теорије непотпуно чињенично стање је увек релативно битна повреда поступка, док је за

¹⁵ Репрезентативно ВСС Рев 3415/04 Билтен ОкС БГ 74 (2006); 100 (102); в. и ВСС Билтен ОкС НС 8-2006-27; АС НИ Гж1 1812/11 Билтен АС НИ 2 (2011), 41 (42); ОкС НС Билтен ОкС НС 8-2006-38. Уп. и ВКС Рев 1060/11 ПИС РС; Рев 584/10 ПИС РС.

¹⁶ ОкС НС Гж 37/00 Билтен ОкС НС 5 (2002), 67 (71).

¹⁷ Тако и Познић, Коментар, 907, са констатацијом да је тешко наћи случај који се не би могао подвести под један од набројаних видова.

други део релативно битна повреда само један од појавних облика, тј. узрока непотпуног чињеничног стања, и то је кршење дужности питања.

Схватање да је непотпуно чињенично стање увек и релативно битна повреда поступка није погрешно, али је у одређеној мери непрецизно. Право је питање која је то релативно битна повреда која партиципира у настанку непотпуног чињеничног стања. Чини се да схватање по којем је то заправо кршење дужности суда да утврди све битне чињенице¹⁸ не води рачуна о контексту формирања чињеничног стања у парничном поступку, тј. о ублаженом расправном начелу. Већ због тога што оно важи не може се говорити о таквој дужности суда, јер једноставно суд и не може мимо тврдњи странака да утврђује чињенице, ма колико су оне битне. Као последица тога је концепт терета тврдње.

Конкретни примери непотпуног чињеничног стања су хетерогени и разликују се, али ипак имају јединствени механизам. Наиме, могуће је да су тврдње о битним чињеницама заиста постављене, али их је суд због погрешног правног схватања сматрао небитним. Даље се у истој хипотези разликују два случаја: понуђени су докази, које суд одбија, или они уопште нису предложени, али опет спрам погрешног схватања суда то није никакав дефицит, јер су за њега тврдње свакако ирелевантне. С друге стране, могуће је да тврдње о битним чињеницама уопште нису постављене, што и није дефицит за суд због погрешне правне оцене. И поред разликовања конкретних случајева, постоји идентична схема механизма настанка непотпуног чињеничног стања, и идентична релативно битна повреда поступка као карика ланца. Ради се увек о повреди дужности суда да се стара да се предмет свестрано расправи (чл. 326 ст. 2 ЗПП); то би била „крвна релативно битна повреда“. Тиме што није изводио предложене доказе свакако није обезбеђено свестрано расправљање, а уз то је повређен чл. 229 ст. 1 ЗПП. Такође, тиме што није питао странке да предложи доказе, или да уопште поставе дефицитарне тврдње, није обезбеђено свестрано расправљање, и то кроз кршење дужности питања (чл. 305 ст. 2, 313 ЗПП). Једини узрок за ову релативно битну повреду, у свим случајевима, је погрешна правна оцена; због ње су одбијени доказни предлози, због ње није ни било питања странкама ради превазилажења дефицита. Према томе, схема непотпуног чињеничног стања изгледа овако

почетни узрок → погрешно правно схватање спора;

међуисход → релативно битна повреда поступка: необезбеђивање свестраног расправљања;

резултат → непотпуно чињенично стање.

На основу реченог се потврђује теза да је непотпуно чињенично стање увек и релативно битна повреда поступка.

Г. Међуисход

Непотпуно чињенично стање је према редакцијској замисли ЗПП посебан разлог правног лека, који је увек и појавни облик свих других разлога, осим

¹⁸ У том смислу *Кеча*⁵, 331.

погрешно утврђеног чињеничног стања. Оно је увек погрешна примена материјалног права, апсолутно битна повреда поступка из чл. 374 ст. 2 т. 12 ЗПП и релативно битна повреда у виду кршења чл. 326 ст. 2 ЗПП.

3. Нужност јасног одређења припадности

Међурезултат говори да је непотпуно чињенично стање разлог за правни лек који је готово апсолутно поливалентан. Питање је да ли се може остати при наведеном, и још при томе говорити о посебном идентитету непотпуног чињеничног стања као разлога за правни лек. Чини се да је одговор негативан. Не само да захтев за уређеним системом захтева да се јасно одреди припадност непотпуног чињеничног стања, већ и практични разлози то чине нужним.

Нема сумње да је почетни узрок непотпуног чињеничног стања погрешна правна оцена. Све остало што следи – повреде процесних норми – само је последица тога. Исто тако, резултат непотпуног чињеничног стања је немогућност испитивања правилности примене материјалног права. Инстанциони суд уопште није у стању да оцени да ли је пресуда исправна или не. Уз то, грешка је несумњиво у погрешном ставу нижестепеног суда да је било услова за примену норме. Дакле, он је имао погрешну правну оцену, небитно из ког разлога.¹⁹ Кровна релативно битна повреда поступка, као и свака конкретна зависно од ситуације, само су једна од карика узрочног ланца који води немогућности контроле примене материјалног права, следствено томе и његовој погрешној примени. Према томе, треба јасно разликовати један од узрока и саму грешку која је једина битна, јер се само због ње укида пресуда. С друге стране, ни сама релативно битна повреда поступка која партиципира у настанку грешке није почетни узрок, већ је то погрешно материјалноправно схватање суда.

Из реченог поизилази да је непотпуно чињенично стање само погрешна примена материјалног права – један од њена два вида. Исто тако, непотпуно чињенично стање као разлог за себе не постоји. То је увек погрешна примена материјалног права. На исправност овог закључка уопште не утиче околност да ЗПП номинално одређује да непотпуно чињенично стање представља засебан разлог правног лека, и то „у пакету“ са погрешним чињеничним стањем. Прво, за теоријску класификацију није довољно да законска редакција нешто предвиђа. Репрезентативна пример је аустријски поступак у којем је непотпуно чињенично стање именовано као повреда поступка, али је доктрина и пракса то исправно квалификовала као погрешну правну оцену.²⁰ Друго, и сам ЗПП одустаје од свог прокламованог става, па изричито допушта истицање непотпуног чињеничног стања у ревизији (*arg.* чл. 407 ст. 1 т. 4, 416 ст. 2), иако га номинално искључује заједно са

¹⁹ Или је извршио погрешан избор норме, па је зато непотпуно чињенично стање, или је извршио правилан избор, али је уз то погрешно схватио њен смисао и није препознао све елементе диспозиције. Нема нужног поклапања – у варијанти *Кече* и *Г. Станковић* – супсумционе грешке и непотпуног чињеничног стања, и интерпретативне грешке и потпуног чињеничног стања. Кључно је да је суд због погрешног правног схватања сматрао да је ствар зрела за пресуђење, и ништа више.

²⁰ В. горе § 12 VI 2.

погрешним чињеничним стањем као ревизијски разлог (чл. 407 ст. 2). Исто то чини кроз уређење разлога за нападање пресуда због пропуштања и изостанка. Наиме, и ове пресуде могу да буду обухваћене непотпуним чињеничним стањем, и то случај увек када тужба није била конклузивна услед непотпуности;²¹ она се она по жалби, или ревизији укида.²² Тада не само да је то погрешна примена материјалног права,²³ већ је и апсолутно битна повреда поступка, јер није било услова за доношење такве пресуде – тужба мора бити конклузивна (чл. 374 ст. 2 т. 6 ЗПП). Управо се у наведеном одступању ЗПП од сопствене прокламоване класификације и налази кључни разлог за негирање непотпуног чињеничног стања као самосталног разлога правног лека. Тежи се ка томе да се инстанционим судовима обезбеди пуна контрола исправности пресуђења спрам материјалног права. То нарочито важи за ревизију. Аргументацију у том смеру већ истиче *Ракић-Водинелић*, и са тим се треба сложити.

Ревизијском суду припада коначна оцена правилности правне оцене коју дају нижи судови. Он је позван да се изјасни о материјалноправној норми која треба да буде примењена и о њеном смислу, па консеквентно томе и о чињеничним претпоставкама за примену те норме. Зато мора изрично рећи да није утврђена чињеница *X*, која је услов за примену норме *Y*. Дакле он, не би семо да се задовољи апстрактним значајем апстрактне чињенице за примену правног правила.²⁴

Управо због садашњег уређења апсолутно битне повреде из чл. 374 ст. 2 т. 12 ЗПП и вредновања контроле правилне примене материјалног права, произилази да је нужно да непотпуно чињенично стање представља само погрешну примену материјалног права. Наиме, на ову апсолутно битну повреду поступка жалбени суд од ЗПП не пази више по сл. дужности (*a contrario* чл. 386 ст. 3 ЗПП). Па ипак, на непотпуно чињенично стање жалбени суд пази по сл. дужности, јер је то питање контроле примене материјалног права (*arg.* чл. 386 ст. 3, 392 ст. 2 ЗПП). Не може непотпуно чињенично стање да буде разлог на који суд и пази и не пази по сл. дужности. Предност треба дати оној опцији која служи сврси, а то је пуна контрола примене материјалног права. То омогућује само квалификација у виду погрешне примене материјалног права. С друге стране, од ЗПП ова апсолутно битна повреда више није ревизијски разлог (*a contrario* чл. 407 ст. 1 т. 1 и 2 ЗПП), па ипак

²¹ Не може се никако негирати да пресуда због пропуштања или изостанка нема чињенично стање, јер се она доноси применом материјалног права. Код ових пресуда чињенично стање су наводи тужбе, с обзиром на тезу о фингираном признању туженог кроз пропуштање. Негирање да и ове пресуде имају чињенично стање је последица поимања чињеничног стања у инквизиторском духу, у смислу да оно може да буде само резултат спроведене усмене расправе и доказивања. Напротив, чињенично стање у поступку у којем важи (ублажено) расправно начело уопште не мора да буде резултат доказивања, па ни усмене расправе (контумационе пресуде, пресуда без усмене расправе). Битно је да суд примењује материјално право на чињеничну подлогу која је формирана на процесноправно релевантан начин. Према томе, чињенично стање немају само пресуде које су последица располагања предметом спора, тј. њихово чињенично стање је просто утврђење да је извршена радња располагања (признање или одрицање од тужбеног захтева).

²² Уп. *СС ИСП 9/98-97*; *ВСС ИСП 11/1998-97*; Рев 3225/97 Билтен ВСС 4/1997, 28 ; *ВСБХ ЗСО XVII/1-1972-23*; *ЗСО XVI/2-1971-239*; *ВСХ Гж 1048/68 НЗ 22 (1968)*, 420.

²³ Изричито *ВСС ИСП 11/1998-97*: неконклузивност услед ненавођења свих чињеница је погрешна примена материјалног права.

²⁴ Ревизија, 193.

ревизијски суд контролише примену материјалног права по сл. дужности (чл. 407 ст. 1 т. 4), и укида пресуде ако је непотпуно чињенично стање (чл. 416 ст. 2). Стога је немогуће да један разлог буде и не буде ревизијски разлог. Опет, како спрам јасног опредељења ЗПП, тако спрам функције ревизијске контроле, непотпуно чињенично стање је само погрешна примена материјалног права, а не апсолутно битна повреда поступка.

4. Закључак

Непотпуно чињенично стање подразумева да спрам правилне правне оцене постоји дефицит чињеничних утврђења, а нижестепени суд је сматрао обратно да их има довољно за примену норме. Оно је по својој природи увек само погрешна примена материјалног права. У њеном настанку партиципира увек и релативно битна повреда поступка – повреда дужности старања о свестраном расправљању предмета спора – али је то само један од узрока. Прави узрок је погрешна правна оцена, а грешка је непотпуно чињенично стање као такво, што је увек погрешна примена материјалног права.

II. Третман пресуде на основу терета тврдње у жалбеном и ревизијском поступку

1. Пресуда на основу терета тврдње и непотпуно чињенично стање

A. Постављање проблема

У излагање о појму и природи непотпуног чињеничног стања је свесно остављено по страни питање начина сакупљања процесног материјала и тиме процеса формирања чињеничног стања. Другим речима, проблем непотпуног чињеничног стања није доведен у везу са важећим ублаженим расправним начелом.

Проблем који се јавља јесте релација пресуде на основу терета тврдње и појма непотпуног чињеничног стања, укључујући и законску редакцију. Непотпуно чињенично стање према чл. 375 ст. 1 ЗПП постоји „ако суд није утврдио неку битну чињеницу“. Редакција упућује на обавезу суда да утврди битне чињенице, што је и директној супротности са важећим ублаженим расправним начелом: суд не сме да утврђује конкретне чињенице – ма колико да су битне – уколико их странке не наведу. У том смислу, да ли је пресуда на основу терета тврдњи захваћена непотпуним чињеничним стањем, јер се она управо доноси без утврђивања свих битних чињеница за примену права. Питање се своди на крају и на само постојање ове пресуде, тиме и на важење ублаженог расправног начела.

B. Искључење постојања непотпуног чињеничног стања

- a) Нужност тумачења чл. 375 ст. 1 ЗПП у складу са ублаженим расправним начелом

Из језичког тумачења чл. 375 ст. 1 ЗПП би произилазило свакако да је и пресуда на основу терета тврдње захваћена непотпуним чињеничним стањем. Како је речено, у њој нису утврђене све битне чињенице. У том смислу би се она одмах и укидала, јер је то последица погрешне примене материјалног права у овом виду. Међутим, таквом тезом се урушава цео поступак изграђен на ублаженом расправном начелу, и у резултату изричито негира његово постојање. Све што смо до сада рекли о ублаженом расправном начелу и његовим изражајима и виду концепта терета тврдње, закључно са пресуђењем на основу њега, пало би у воду. Резултат би био да странке немају одговорност за идеално чињенично стање, јер ако се пресуда која је израз такве одговорности укида управо због ње, то је и њена негација. Свакако да спрам тога, а нарочито образложења постојања страначке одговорности то не долази у обзир. Према томе, постојање ублаженог расправног начела пресудно делује на појам непотпуног чињеничног стања. Пресуда на основу терета тврдње не може да буде захваћена непотпуним чињеничним стањем. Ако се парафразира *Розенберг* то би био „атентат на ублажено расправно начело“.²⁵ На крају, укидањем такве пресуде с позивом на непотпуно чињенично стање, хипотетички би могла да настане пат позиција: налаже се првостепеном суду да „утврди“ битне чињенице, а он нема никвих овлашћења да их мимо тврдњи странака утврђује! Као што је већ речено, пресуда на основу терета тврдње је израз права на правосуђе, јер се и поред дефицитарних тврдњи и немогућности класичног утврђења чињеница пресуда мора донети.²⁶

Казуистичка потврда, међутим, постоји у самом ЗПП. Неконклузивну тужбу, па и у смислу непотпуности, у случају пропуштања одговора на тужбу и несанирања неконклузивности првостепени суд одбија (чл. 350 ст. 4 ЗПП). То је свакако пресуда на основу терета тврдње, па је онда то показатељ да сам ЗПП рачуна на исправност таквог пресуђења. Не би имало никаквог смисла да се прво наложи суду да донесе пресуду без утврђења битних чињеница, а да се потом – у случају жалбе – налаже жалбеном суду да је укине управо због изостанка њиховог утврђења.

б) Разлика између пресуде на основу терета тврдње и пресуде захваћене непотпуним чињеничним стањем

Пресуда на основу терета тврдње и пресуда захваћена непотпуним чињеничним стањем повезује непостојање утврђења битних чињеница. Међутим, то је само формална страна гледања, јер су различити контексти. Међу њима постоји фундаментална разлика о којој се мора водити рачуна, и она се одсликава у могућности контроле правилности силогизма. Код пресуде на основу терета тврдње силогизам је и уз постојање дефицита тврдњи, тиме и дефицита утврђења битних чињеница, подобан за контролу, док код пресуде захваћене непотпуним чињеничним стањем није.

²⁵ *Rosenberg, Beweislast*⁴, 15.

²⁶ В. горе § 21 III 2 А а).

Пресуда на основу терета тврдње се доноси свесно. Првостепени суд има исправно правно схватање, управо спрам њега констатује да постоји дефицит тврдњи, што он и у свом образложењу пресуде и излаже. У таквој пресуди је стога нужно да се образложи немогућност примене права – излагање механизма терета тврдње је саставни део образложења пресуде. Тиме првостепени суд показује да је исправно схватио норме материјалног права које примењује, и да је извео исправан закључак силогизма упркос дефициту тврдње. Овакво образложење је подобно за контролу правилности примене материјалног права од стране инстанционог суда, пре свега жалбеног. То омогућава управо образложење пресуде. Инстанциони суд проверава да ли спрам дефицита и расподеле терета произилази исправност пресуђења.

Пресуда захваћена непотпуним чињеничним стањем уопште нема овакву логику, већ је она у смислу самог силогизма „класична пресуда“. Суд сматра да су кроз тврдње странака унете све битне чињенице. Сасвим једноставно, код овакве пресуде суд због свог погрешног материјалноправног схватања сматра да нема дефицита. Због тога се и не може испитати правилост закључка.

Из изложеног произилази да је пресудна разлика између ове две врсте пресуда правна квалификација. Она је код пресуде на основу терета тврдње исправна – суд полази од правог значења норми које примењује. Обрнуто, код пресуде захваћене непотпуним чињеничним стањем је она неисправна – суд није пошао од правог значења норми које примењује.

2. Контрола примене материјалног права у пресуди на основу терета тврдње

Немогућност да пресуда на основу терета тврдње буде захваћена непотпуним чињеничним стањем не значи да се по жалби или ревизији не контролише правилна примена материјалног права. С обзиром да инстанциони судови по сл. дужности испитују материјално право, проверава се и исправност става из побијане пресуде да уопште постоји дефицит тврдње, и потом и сама расподела терета тврдње.

Испитивање да ли уопште има дефицита тврдње подразумева испитивање инстанционог суда да ли је тужба заиста била неконклузивна, односно да ли је одбрана била заиста непотпуна. Уколико се испостави да заправо није било дефицита тврдње, јер су спрам исправног правног схватања постављене све тврдње, пресуда се укида. Дакле, тада је нижестепени суд неисправно сматрао да је потребно навести више него што јесте.

С друге стране, чак и да инстанциони суд сматра да постоји дефицит тврдње то га не ослобађа да и по сл. дужности испита да ли је нижестепени суд исправно применио норме о терету тврдње. Према томе он треба да провери да ли је исправно примењено правило о расподели терета тврдње. Уколико јесте, потврђује се пресуда, а у супротном она се преиначава. Овде се види практичан резултат одређења да су правила о расподели тврдњи материјалноправног карактера, јер инстанциони суд испитује њихову правилну примену по сл. дужности.

III. Третман повреде дужности питања

1. Везаност за пресуде на основу терета тврдње и субјективног терета доказивања; природа повреде

Повреда судијске дужности питања подразумева да суд није својом активношћу подстакао стране да санирају дефиците процесног материјала. Уколико важи ублажено расправно начело, и тиме концепт судијске саодговорности, повреда ове дужности мора бити подобна да доведе до укидања пресуде. У супротном, негирају се и изричите дужности суда да активно суделује у процесу формирања идеалног чињеничног стања, што у резултату води закључку да се уопште и не ради о императивним одредбама. Заправо, тиме се негира ублажено расправно начело. Такво схватање није исправно, и у погледу тога је изложена аргументација.²⁷ Неопходно је, према томе, да се на овом месту да догматички значај кршењу дужности питања у смислу инстанционог поступка.

Као што је наведено и изложено, у делу литературе се поистовећује кршење дужности питања и непотпуно чињенично стање.²⁸ Такво схватање се не може прихватити спрам појма непотпуног чињеничног стања. Уколико оно постоји, то значи да повреда дужности питања евентуално партиципира у његовом настанку, али то није разлог за правни лек *per se*. Непотпуно чињенично стање подразумева не само да нису утврђене све битне чињенице, већ и поврх тога да је нижестепени суд сматрао да му је такво дефицитарно чињенично утврђење довољно за примену права. Ради се увек о погрешној примени материјалног права, јер инстанциони суд уопште не може да испита правилност резултата пресуђења.

Из схватања о појму непотпуног чињеничног стања и његовог односа према пресуди на основу терета тврдње, произилази да је повреда дужности питања као разлог правног лека замислива само онда када је донета пресуда на основу дефицита који су требали да се санирају изосталим питањима суда. То је с једне стране пресуда на основу терета тврдње, и с друге стране пресуда на основу субјективног терета тврдње. У тим случајевима нижестепени суд има исправно правно схватање, и спрам тога се не може говорити о непотпуном чињеничном стању. Међутим, пресуда је донета уз кршење одредби ЗПП по којима суд пре него што донесе такву пресуду мора да претходно пита странке како би оне санирале дефицит. Због тога је повреда чл. 305 ст. 2, 313 ЗПП овде једини разлог за правни лек.

Повреда одредби о дужности питања има значај релативно битне повреде. Она као таква није уврштена у каталог апсолутно битних повреда, док се с друге стране она, као што је речено, не може подвести под непотпуно чињенично стање, тиме и погрешну примену материјалног права. Свакако да је немогуће сврстати је у погрешно утврђено чињенично стање, с обзиром да суд управо због дефицита и не утврђује битне чињенице. Према томе, ради се о релативно битној повреди поступка, што је и схватање дела литературе, али са напоменом да она долази у

²⁷ В. горе § 21 III.

²⁸ Познић/Ракић-Водинелић¹⁶, т. 695.

обзир само када је донета пресуда на основу дефицита процесног материјала, и када је у њој исправна правна оцена.²⁹

2. Повреда дужности као жалбени разлог и ревизијски разлог

А. Жалбени разлог

Дужност питања је дужност суда који је права чињенична инстанца (*Tatsacheninstanz*). У српском парничном поступку је то принципијелно и у далеко највећем броју случајева првостепени суд. Стога он у далеко највећем броју случајева долази у могућност да не испуни дужност питања. Таква грешка, која доводи до пресуде на основу дефицита, представља жалбени разлог у виду релативно битне повреде поступка.

Б. Ревизијски разлог

Релативно битна повреда као ревизијски разлог постоји уколико је учињена у жалбеном поступку (чл. 407 ст. 1 т. 3 ЗПП). Стога се поставља питање да ли жалбени суд уопште има дужност питања, коју би онда могао да прекрши и да тиме то постане ревизијски разлог. Како је речено, у ЗПП 76 то је било немогуће,³⁰ али је ЗПП 04 унео одређене промене, што је само потврђено у ЗПП. На мала врата је уведена концепција жалбеног суда као праве чињеничне инстанце, који може да утврђује и чињенице које првостепени суд није утврђивао. Наиме, редовно он то није, и он може да одржи жалбену расправу само ради понављања већ изведених доказа, или оних који су одбијени, али само у погледу чињеница које су већ споменуте у чињеничном стању побијане пресуде; чињенице које нису споменуте не сме да утврђује.³¹ Међутим, онда када је обавезна жалбена расправа – концепт забране двоструког укидања (чл. 383 ст. 4 ЗПП) – жалбени суд може да утврђује чињенице које првостепени суд није утврђивао, јер је управо један од разлога за одржавање обавезне жалбене расправе и непотпуно чињенично стање. У случајевима обавезне жалбене расправе постоји реална могућност да се тек тада открије дефицит процесног материјала, и жалбени суд је дужан да постави питања странкама ради његовог санирања. Пропуштање питања и доношење пресуде на основу терета тврдње или субјективног терета доказивања у том случају је повреда дужности питања коју и жалбени суд тада има (чл. 313 у вези са чл. 385 ст. 1 ЗПП). Када је жалбена расправа обавезна, жалбени суд има и дужност да се стара да се предмет спора свестрано расправи (чл. 326 ст. 2 у вези са чл. 385 ст. 1 ЗПП). У том

²⁹ У резултату тако већ *СВС ЗСО Ш/3-1958-441*

³⁰ В. горе § 17 VI 4.

³¹ Наиме, иако се одређује да жалбени суд може да закаже расправу ради извођења доказа који су одбијени у првостепеном поступку, што би упућивало на став да може да утврђује и нове чињенице, одредбе које уређују реакцију на дефиците чињеничних утврђења то негирају: ако је чињенично стање непотпуно, пресуда се укида; уколико је донета пресуда на основу терета тврдње уз повреду дужности, онда је то релативно битна повреда која опет доводи до укидања пресуде, са налогом да се утврде чињенице које би биле изнете да није било повреде.

смислу, ако он повреди дужност питања и донесе пресуду на основу дефицита, то представља класичан ревизијски разлог из чл. 407 ст. 1 т. 3 ЗПП – релативно битна повреда учињена у другостепеном поступку.

Релативно битне повреде као ревизијски разлог сходно владајућем схватању могу бити и првостепене повреде уколико су истакнуте већ у жалби, а жалбени суд је погрешно оценио да не постоје. Сходно томе, и истицање првостепене повреде дужности питања би у овој хипотези био ревизијски разлог. Ипак, устаљена аустријска судска пракса резонује супротно, па сматра да одлучивањем другостепеног суда наступа један вид правноснажности.³² Треба се сложити са домаћим владајућим учењем, јер се у супротном обесмишљава смисао ревизијског поступка. Нема разлога да се жалбеном суду да коначно право да одлучује о постојању грешака првостепеног суда, уколико такве грешке као врста нису искључене као ревизијски разлог. Уз то, функција ревизијског поступка је и обезбеђивање једнообразне судске праксе, па се спрам тога не може одузети право ревизијском суду да одлучује о неким правним питањима само зато што их је жалбени суд већ „решио“. На крају, ревизија служи и индивидуалним интересима, тј. служи контроли исправности пресуђења зарад исправног решења спора. Уколико релативно битна повреда поступка није искључена као разлог за ревизију, онда се и она мора санкционисати у ревизијском поступку уколико је била каузална за неисправност пресуде.

3. Истицање дефицита као претпоставка постојања релативно битне повреде

За постојање релативно битне повреде у виду кршења дужности питања, у смислу функционалног схватања појма разлог за правни лек, није довољно да се странка на чијој су страни дефицити позове на изостанак питања. Нужно је и да странка наведе шта би она навела да ју је суд питао, и поврх тога такав навод треба да буде конклузиван. То је јединствено схватање у аустријском и немачком праву, и поред тога што је у првом принципијелно искључено истицање новота.

Овакво схватање има своје оправдање у природи овог разлога за правни лек. Пошто се ради о релативно битној повреди није довољно да је само погрешно примењена нека одредба ЗПП, већ је неопходно и утврђење каузалности у погледу резултата пресуђења. ЗПП захтев за каузалношћу изражава на тај начин што се одређује да је неправилна примена процесних одредаба „била или је могла да буде од утицаја на доношење законите и правилне пресуде“ (чл. 374 ст. 1 ЗПП). Како то *Познић* истиче, у редакцији цитиране одредбе – што се тиче појма релативно битне повреде – одређење да је повреда „била“ од утицаја на резултат пресуђења треба занемарити. Смисао каузалности је у сваком случају у томе да се у конкретном случају покаже да је повреда процесне одредбе утицала на резултат пресуђења, и то тако да би без ње вероватно била донета повољнија одлука за странку која улаже правни лек. Управо због тога она треба да наведе околности из који она изводи

³² В. горе § 12 VI 3.

закључак да постоји каузалана веза између грешке суда и неповољног исхода по њу.³³ Одатле произилази да у случају кршења дужности питања захтев за каузалношћу у погледу резултата пресуђења зависи од тога да ли би странка уопште одговорила на питање суда, да га је он поставио, а поврх тога да ли би такав одговор био конклузиван. Супротно схватање чини се да не би могло да се подведе под чл. 374 ст. 1 ЗПП, јер се уопште не указује на каузалност, нити она може да се утврди. Инстанциони суд мора да утврди да ли заиста има разлога за укидање пресуде на основу терета тврдње или субјективног терета доказивања, а то зависи од тога да ли би уопште странка одговорила на питања суда тако да се санира дефицит у суштинском смислу. То значи, примера ради, да уколико је донета пресуда због неконклузивности тужбе, тужилац мора да наведе дефицитарне тврдње тако да је тужба у потпуности конклузивна. Ако се на томе не би инсистирало, дошло би се у ситуацију да по укидању пресуде тужилац истакне тврдње које се додуше односе на дефиците, али које спрам своје садржине указују на неконклузивност тужбе. Тада би морала да се донесе садржински иста пресуда која је и укинута.

Пример са спором где је подлога за пресуђење реивиндикациони захтев: странке уопште не спомињу ко има државину на ствари чије се враћање захтева. Суд уопште не пита тужиоца у том смеру, већ одбија захтев због конклузивности. Тужилац се жали и истиче само повреду дужности питања. Уколико би се пресуда само спрам тога укинула, тужилац би могао да у новом првостепеном поступку наведе да ствар није у државини туженог, што води моменталном обијању захтева опет због неконклузивности, сада у ужем смислу. Обрнуто, уколико се захтева да уз овај жалбени разлог треба да се и постави конклузивна дефицитарна тврдња, тиме се управо показује да је кршење дужности питања било каузално за резултат пресуђења на штету жалиоца. Исто тако, уколико би тужилац у том случају навео да би он на питање суда које је изостало истакао да тужени није држалац ствари, онда не би ни било релативно битне повреде, јер каузалне грешке суда нема: чак и да је испунио своју дужност, опет би се донела иста пресуда.

Захтев за навођење и дефицитарног процесног материјала уз истицање повреде дужности питања у правном леку не треба мешати са новотама из чл. 372 ст. 1 ЗПП. Иако то на први поглед изгледа као *contradiction in adiecto*, у самом ЗПП је то фундирано. Исто тако, аустријско схватање говори томе у прилог, с обзиром да су новоте начелно забрањене у аГрпп.³⁴ Наиме, истицање повреде дужности питања је указивање на релативно битну повреду поступка. Као што је речено, није довољно само указати на повреду процесних одредаба, већ је потребно и да се истакну околности из којих произилази каузалност повреде за неисправно пресуђење. Тиме што странка износи оно што би она и изнела, да ју је суд питао, она само показује да постоји релативно битна повреда поступка. Уколико се то не би омогућило, односно уколико би се такво навођење странке третирано као истицање новота, онда би се негирале релативно битне повреде као ревизијски разлог. Наиме, за жалбу би и при таквом схватању морале да се „дозволе“ новоте, јер их странка није изнела својом

³³ У том смислу Познић, Коментар, 897; уп. Кеча⁵, 327, који говори о доказивању постојања везе између повреде и евентуалне незаконитости пресуде као услова за укидање пресуде.

³⁴ В. горе § 12 VI 2.

кривицом – постоји грешка суда. Међутим, то не би могло да се примени за ревизијски поступак, с обзиром да чл. 372 ст. 1 ЗПП не важи; новоте су у том смислу забрањене у ревизији. С друге стране, повреда дужности питања може бити ревизијски разлог у два случаја, а овде је битан онај када сам жалбени суд учини повреду (обавезна жалбена расправа). Према томе, уколико би се нужни механизам истицања ове повреде у ревизији третирао као изношење новота, обесмислио би се цео концепт ублаженог расправног начела, али и изричито налагање дужности питања жалбеном суду. Када се држи обавезна жалбена расправа, и када постоји дефицит процесног материјала, другостепени суд сам санира грешке првостепеног. Била би системска грешка став да жалбени суд не сноси саодговорност као првостепени суд, иако у тој ситуацији он у потпуности преузима његову улогу. Сам ЗПП то и изричито негира, јер одређује да се, између осталих, одредбе које успостављају саодговорност суда примењују и на обавезној жалбеној расправи (чл. 313, 326 ст. 2 у вези са чл. 385 ст. 1 ЗПП).

IV. Образложење обавезног укидања пресуде у случају непотпуног чињеничног стања: потврда ублаженог расправног начела

1. Уводне напомене; постављање проблема

Непотпуно чињенично стање постоји увек када је нижестепени суд, услед погрешне правне оцене, пропустио да утврди битне чињенице. Инстанциони суд који то уочава не може ни да испита правилност примене материјалног права. Реакција на то је укидање пресуде, осим у случају обавезне жалбене расправе. Но, у сваком случају, не долази до преиначења нападнуте пресуде, већ се налаже санирање.

Закључак о односу пресуде на основу терета тврдње и непотпуног чињеничног стања ипак доводи до постављања додатног питања, које је већ споменуто, а које се могло назрети и из досадашњих излагања. Наиме, уколико странке, и само оне, постављају тврдње и тиме одређују шта се уопште може утврдити, и да спрам тога постоји и пресуда на основу терета тврдње, због чега се онда увек укида пресуда због непотпуног чињеничног стања. Следом таквог размишљања, поставља се питање правог значаја чл. 392 ст. 2, 416 ст. 2, одн. чл. 391 ст. 1 у вези са 374 ст. 2 т. 12 ЗПП. Наиме, цитираним одредбама се предвиђа обавезно укидање пресуде у случају непотпуног чињеничног стања – без обзира на то да ли су странке поставиле тврдње о битним чињеницама које нису утврђене у побијаној пресуди. Да ли је то прави значај одредбе, или би она требала да се ограничи на случајеве само када је у побијаној пресуди заиста заузет погрешан правни став и спрам тога нису утврђене битне чињенице, али су оне ипак унете у поступак? Другим речима, имају ли дефицити тврдњи некакву улогу у последицама непотпуног чињеничног стања, и спрам тога утичу ли на појам непотпуног чињеничног стања?

Постављена дилема у литератури није присутна, али се чини да се заступа став о обавезном укидању пресуде у сваком случају непотпуног чињеничног стања. Исто би се могло рећи и за већинску судску праксу, с тим да је објављена једна пресуда апелационог суда (*АС БГ*) у којој је управо извршена редукција појма непотпуног чињеничног стања.

2. Схватање о инстанционој пресуди на основу терета тврдње: редукција појма непотпуног чињеничног стање

Редукција непотпуног чињеничног стања на случајеве у којима нису утврђене битне чињенице, али које су странке упак унеле у поступак, подразумева да у супротном случају и нема непотпуног чињеничног стања, следствено томе и укидања пресуде. То би била заправо телеолошка редукција цитираних одредби, јер би се узело да је циљ укидања пресуде само санирање грешке суда. Пошто у последњем случају, према оваквој хипотези, и нема грешке суда, већ само грешке странака – нису поставиле тврдње о битним чињеницама, што је њихов задатак – нема ни непотпуног чињеничног стања, према томе ни укидања пресуде. Инстанциони суд би тада сам по први пут примењивао норме терета тврдње, тј. урадио би оно што је требао да уради нижестепени суд, да је имао исправно правно схватање. У том смислу би такво схватање могло да се назове инстанциона пресуда на основу терета тврдње. Класичан пример је преиначење пресуде у којој је усвојен тужбени захтев, а тужба је заправо неконклузивна због непотпуности. Првостепени суд – због погрешног правног схватања – и не уочава дефицит тврдњи, утврђује за њега битне чињенице и усваја захтев. Жалбени суд уочава непотпуно чињенично стање, јер је другог правног схватања, али уочава и да спрам њега постоји дефицит тврдњи за које терет сноси тужилац. Спрам тога, он сам примењују механизам терета тврдње и преиначава првостепену пресуду тако што одбија тужбени захтев.

Управо је позивом на такву идеју *АС БГ* у једном случају пресудио. Чини се нужним подробније излагање овог случаја, како би тежина проблема испливала на површину.

Првостепени суд је усвојио захтев за накнаду материјалне штете у виду изгубљене зараде због умањења радне способности, сматрајући да зараду пре повређивања треба рачунати на основу тога што је тужилац паушално плаћао порез за обављање превозничке делатности. Жалбени суд (*АС БГ*) утврђује да је то погрешан приступ, те да је требало утврдити зараду пре повређивања на основу просечне зараде аутопревозника на подручју на којем је тужилац пре повређивања обављао аутопревозничку делатност, и висину његових прихода које је након повређивања, односно завршетка лечења, остваривао радом на пољопривредном имању и радом у пекари. То међутим није ни наведено у првостепеном поступку, па се у жалбеној преиначавајућој пресуди, поистовећавајући терет тврдње и терет доказивања, закључује:

[Т]ерет доказивања напред наведених чињеница, које су битне за остваривање права тужиоца на накнаду штете за изгубљену зараду је на тужиоцу сагласно одредби чл.

220 и 223 ст. 2 ЗПП-а [садашњи чл. 228, 231 ст. 2 ЗПП], на које околности тужилац, којег је у овој парници заступао пуномоћник који је адвокат, ниједан доказ до закључења главне расправе није предложио, са ког разлога је другостепени суд ожалбену пресуду преиначио, тако што је тужбени захтев тужиоца одбио као неоснован.³⁵

Пресуда је донета за време важења ЗПП 04, али се ништа није променило ни у ЗПП. У том смислу *АС БГ* није укинуо пресуду с позивом на чл. 372 ст. 2 ЗПП 04 (данашњи чл. 392 ст. 2 ЗПП), иако је јасно да је чињенично стање било непотпуно, и то због погрешног схватања релевантних норми. Он је дефицит тврдњи из првостепеног поступка узео за основ свог одлучивања, и сам је, по први пут, применио норме о терету тврдње и сходно томе одбио захтев. Жалбена расправа, колико се види из образложења пресуде, није отворена, већ је одлучено у седници већа. Из образложења се даље види да су у игри паралелно концепт терета тврдње, и заступање странке путем адвоката. Због тога одговорност за дефицит тврдњи треба превалити на странку, јер суд нема никакву одговорност. Обрнуто, што се мора узети као закључак *АС БГ*, да тужилац није имао пуномоћника адвоката не би дошло до свађивања одговорности на њега.

Схватање *АС БГ* на први поглед делује као уверљиво, јер је с једне стране у складу са одговорношћу странака за идеално чињенично стање, а с друге стране није радикално, јер води рачуна о способности странке у погледу познавања материјалног права. Нарочито у погледу првог аргумента примена правила терета тврдње од стране инстанционог суда није нелогична. Цео механизам управо постоји ради пресуђења упркос дефициту тврдњи, и неминовност је важења правила по којем је суд везан тврдњама странака. Међутим, тиме се не води рачуна о смислу ублаженог расправног начела. Првостепени суд суверено управља поступком, што претходно подразумева да има јасан став о правној квалификацији спора; он спрам ње и идентификује битне чињенице, и спрам тога врши или не врши дужност питања. Уколико он сматра да нема дефицита, логично је и да не пита странке да изнесу даљи материјал. Овде се завршава свака одговорност странке, па иако је заступа адвокат. И он се поуздава у правну оцену суда, јер је она једина релевантна. Због чега би он нагомилавао процесни материјал за који је јасно да је ирелевантан за суд који доноси пресуду? Према томе, теза о одговорности странке која има пуномоћника адвоката у овим случајевима није исправна. С друге стране је маркантна друга ствар коју превиђа *АС БГ* када доноси овакву пресуду на основу идеје о расправном начелу – ово је класична пресуда изненађења. То и не чуди, јер се она и не спомиње у садашњој доктрини и пракси, иако је она и према српском праву уставноправно неприхватљива и забрањена.³⁶

³⁵ Гж 7774/10 Билтен АС БГ 1 (2010), 154 (156).

³⁶ В. горе § 21 III 4 А в).

3. Апсолутно укидање пресуда у случају непотпуног чињеничног стања

А. Чл. 416 ст. 2 ЗПП

Инстанционе пресуде на основу терета тврдње, без отварања главне расправе, нису могуће већ спрам језичког тумачења чл. 416 ст. 2 ЗПП, у којем је изричито регулисано поступање ревизијског суда у случају непотпуног чињеничног стања.

Ако Врховни касациони суд нађе да је због погрешне примене материјалног права чињенично стање непотпуно утврђено и да због тога нема услова за преиначење побијане пресуде, решењем ће да усвоји ревизију, укине у целини или делимично пресуду првостепеног и другостепеног суда или само пресуду другостепеног суда и предмет врати на поновно суђење истом или другом већу првостепеног, односно другостепеног суда.

Пре свега, нужно је разјаснити у односу на чега ревизијски суд контролише примену материјалног права и исправност резултата силогизма. То су чињенична утврђења из другостепене пресуде, која су у највећем броју случајева преузета чињенична утврђења из првостепене. То је „чињенично стање“ у смислу цитиране одредбе, које, по самом закону, може бити непотпуно. Даље, непотпуно чињенично стање је увек узроковано погрешним правним схватањем нижестепених судова. С друге стране, непотпуно чињенично стање *per definitionem* онемогућава преиначење, јер нема утврђених битних чињеница. Према томе, ревизијски суд нема потребну доњу премису за извођење сопственог закључка силогизма и тиме мериторног пресуђења. Управо зато се и пресуда укида. Уколико је то тако за ревизијски поступак, ништа друго не може да важи и за жалбени. Било би противуречно давати више овлашћења ревизијском суду него жалбеном, када се зна да је ревизија ограничени правни лек.

Ако би се прихватила теза о инстанционој пресуди на основу терета тврдње, што је резултат наведеног схватања *АС БГ*, онда инстанциони суд никада не би ни могао да укине пресуду због непотпуног чињеничног стања; чл. 416 ст. 2 ЗПП у резултату према томе и не постоји, па би ревизијски суд у случају непотпуног чињеничног стања морао или да потврди пресуду, или да је преиначи. Наиме, чињенично стање другостепене пресуде је непотпуно увек када нема утврђења битних чињеница, а другостепени суд сматра да је оно што је утврђено довољно за примену права. Ревизијски суд није таквог схватања, али он не може да укине пресуду. Није битно уопште да ли спрам резултата расправе у првостепеном поступку има дефицита или нема, битно је то што у чињеничном стању нема утврђења!

Одредба чл. 416 ст. 2 ЗПП заправо има исти смисао као и одредба нГрпп о мериторном пресуђењу ревизијског суда, јер је предвиђено да ће он одлучити о ревизији мериторном одлуком о спору – потврђење или преиначење другостепене пресуде – само ако је ствар зрела за пресуђење (§ 563 ст. 3); дакле, ако је чињенично стање потпуно.³⁷ Смисао ревизијског мериторног одлучивања о предмету спора није

³⁷ В. горе § 9 VII 3.

апстрактно давање тумачења значаја једне норме, већ примена права онда када су за њу испуњене претпоставке.³⁸ Ревизија треба да санира каузалне грешке у виду повреде права; она је правни лек, а не средство за апстрактно уједначавање судске праксе или развоја права. Ако је то тако, онда ништа мање не важи и за смисао жалбеног поступка. Третман непотпуног чињеничног стања у ревизијском поступку мора да у најмању руку буде идентичан оним који има у жалбеном.

Б. Мисао о ублаженом расправном начелу

У тези да инстанциони суд, пре свега жалбени, треба да учини оно што је требао да учини нижестепени суд да је имао исправно правно схватање, пренебрегава се концепт ублаженог расправног начела. Првостепени суд – због своје погрешне правне оцене – није ни вршио дужност питања. За њега за тако нешто није ни било потребе – он није ни уочио дефиците тврдњи.

За објашњење постојања апсолутног укидања пресуда када постоји непотпуно чињенично стање, дакле без обзира на дефицит тврдњи, кључно је враћање на механизам непотпуног чињеничног стања. Почетни узрок је погрешна правна оцена спора, потом следи релативно битна повреда поступка у виду необезбеђивања свестраног расправљања, што доводи до непотпуног чињеничног стања, које је погрешна примена материјалног права. Према томе, непотпуно чињенично стање увек подразумева грешку суда, а у случају дефицита тврдњи укључује и грешку странака. Правичан поступак правне државе подразумева да се не могу изводити негативне последице по странке из грешака суда. Уколико постоји кумулација грешака, као што је овде случај, мора се узети спрам питања постојања разлога правног лека да постоји само грешка суда.³⁹ Суд је већ погрешно тиме што је неисправно оценио спор, па је тиме повредио дужност питања и обавезу старања свестраног расправљања предмета спора. Одговорност за непотпуно чињенично стање не може се свалити на странку која се поуздала у правну оцену првостепеног суда. То би био израз (чистог) расправног начела, које је евентуално оправдано само уколико не постоји принцип *iura novit curia*.

Обавезно укидање пресуде захваћене непотпуним чињеничним стањем уз постојање дефицита тврдњи представља потврду важења ублаженог расправног начела. Редакције чл. 392 ст. 2, 416 ст. 2, одн. чл. 391 ст. 1 у вези са 374 ст. 2 т. 12 ЗПП уопште нису страном телом у поступку у којем странке сnose коначну одговорност за идеално чињенично стање, већ су обрнуто интегрални део поступка у којем важи ублажено расправно начело. Кроз њих се, спрам изложеног схватања, заправо апсолутизује дужност суда да свестрано расправи спор. То је, како је речено, у сржи појма непотпуног чињеничног стања, и само тако се оно и може

³⁸ Тако већ Ракић-Водинелић, Ревизија, 193.

³⁹ Тако управо за овај случај у аустријском праву владајуће схватање; *Konessny ZZP 107 (1994), 481 (483)*. С друге стране, то је резултат уређења и схватања немачког призивног и ревизијског поступка, в. горе § 9 VII.

исправно разумети. Читава идеја се враћа на интеракцију правила да је суд везан тврдњама странака и правила *iura novit curia*.

В. Забрана пресуде изненађења

Схватање о инстанционој пресуди на основу терета тврдњи је класичан пример пресуде изненађења, и тиме је то директно кршење уставног права на саслушање. Странка која је успела у спору у нижестепеном поступку, пре свега првостепеном, нема разлога да се не поузда у правно схватање тог суда да дефицита нема. Уколико би инстанциони суд, пре свега жалбени, реаговао тако да би без обезбеђивања тој странци могућности да употпуни своје тврдње спрам исправног правног схватања применио правила о терету тврдње, то би било изненађење за странку, на које она није могла никако да рачуна. Таква пресуда је у немачкој доктрини и пракси еклактан пример пресуде изненађења. Због тога призивни суд сам мора да укаже странци да спрам његовог схватања постоји дефицит тврдње и да јој омогући санирање дефицита. С обзиром да ревизијски суд није чињенична инстанца, он то не може да чини, па зато у таквој ситуацији обавезно укида пресуду.⁴⁰ Готово идентично је и у аустријском праву.⁴¹ За наше право, спрам конструкције жалбеног поступка, једино што је могуће јесте обавезно укидање. Жалбени суд, осим обавезне другостепене расправе, не може да утврђује друге чињенице од оних које су садржане у чињеничном стању првостепене пресуде. Свакако да ревизијски суд никако не може сам да утврђује чињенице. Управо због тога постоје чл. 392 ст. 2, 416 ст. 2, одн. чл. 391 ст. 1 у вези са 374 ст. 2 т. 12 ЗПП, које онемогућавају пресуде изненађења. Према томе, ЗПП у потпуности штити странке и обезбеђује њихово право на саслушање. Потребно је само исправно схватати смисао обавезног укидања пресуда у случају непотпуног чињеничног стања. Другим речима, цитиране норме имају своје фундаментално оправдање. У примеру *АС БГ* о томе се није водило рачуна, и донета је пресуда изненађења. Због тог што код нас, нажалост, ни не постоји свест о овом патолошком институту, а поврх тога постоји и теза о чистом расправном начелу, погрешна примена одредби ЗПП и води оваквим уставноправно неприхватљивим резултатима.

Г. Закључак

Укидање пресуде због непотпуног чињеничног стања је апсолутно. Пресуда се укида без обзира на то да ли спрам исправног правног схватања постоји дефицит тврдње или не. То је израз и потврда постојања ублаженог расправног начела, па зато нема услова за другачије схватање чл. 392 ст. 2, 416 ст. 2, одн. чл. 391 ст. 1 у вези са 374 ст. 2 т. 12 ЗПП од језичког.

⁴⁰ В. горе § 9 VII 2 Б, 3.

⁴¹ В. горе § 12 VI 2, 3.

Пресуда се не укида да би се „утврдиле“ дефицитарне чињенице, јер суд у нашем парничном поступку нема за то нити овлашћење, нити дужност. Она се укида да би се странкама дала могућност да поставе дефицитарне тврдње о правнорелевантним чињеницама, за које, због грешке суда, нису ни знале да су битне. Укида се да би се расправљало и о тој страни спора, тј. да би се обезбедило свестрано расправљање предмета спора, а не да би се вршила истрага. Укида се да би се странке заштитиле од пресуде изненађења. То важи како за случај када је странка заступана путем адвоката, тако и за случај другог пуномоћника, односно за случај да га уопште нема. И адвокат се води правном квалификацијом спора суда, јер он и само он суверено о томе одлучује.

Закључак

§ 29 Резултати истраживања

I. Расправно начело не постоји у српском парничном поступку; ублажено расправно начело као постојеће и важеће начело

Главни проблем овог рада је питање да ли у српском парничном поступку постоји расправно начело. Резултати истраживања су показали да је одговор негативан, те да се не може говорити о расправном начелу као важећој максими у ЗПП. Начело које постоји и које се односи на сакупљање процесног материјала, односно на расподелу одговорности за идеално чињенично стање је ублажено расправно начело. Овде ће се на сажет начин изложити образложење резулата.

Начело поступка као појам подразумева основну идеју водиљу у погледу обликовања поступка. У том смислу начело има нормативни карактер; оно је важеће. За закључак да ли је једно начело важеће, међутим, потребно је имати на уму да је појам начела поступка двозначан. Прво, начело поступка може имати догматички, моделски смисао. То је чисто научни појам у виду замишљеног модела, екстремна могућност обликовања конкретне материје. Друго, начело у нормативном значењу подразумева да је једно претходно догматички дефинисано начело постојеће, важеће у конкретном поступку. Оно тада дозвољава изузетке, али све док они не доводе у питање његову општост и принципијелност – у квантитативном и квалитативном смислу – начело још увек важи. Стога, два моделска начела која су антиподови не могу истовремено да важе. Или постоји једно, или друго, или је нужно због конкретног уређења да се створи нов догматички појам начела, које ће уједно бити и важеће.

Расправно начело у догматичком смислу подразумева да су странке, и само оне, одговорне за идеално чињенично стање, и тиме за исправност пресуде. Само оне уносе процесни материјал, и то схваћен као начин доласка до чињеничних утврђења пресуде. Оно подразумева три аспекта. Само стране постављају тврдње, чиме одређују могућ оквир чињеничног стања. Даље, од њих зависи да ли ће за тако унете тврдње бити потребе доказивања. На крају, уколико постоји потреба за доказивањем, само оне предлажу доказна средства на основу којих суд испитује истинитост тврдњи. Сва ова три аспекта, и поред тога што уједно имају и значај могућности располагања идеалним чињеничним стањем, не спадају у начело диспозиције.

Конкретизација моделског расправног начела подразумева три института, који се везују за претходно наведене аспекте: из везаности суда за тврдње странака произилази објективни терет тврдње; из власти у погледу одређивања потребе доказивања произилази признање тврдњи; из везаности суда за доказне предлоге произилази субјективни терет доказивања. Супротно, објективни терет доказивања нема никакве везе са расправним начелом.

Расправно начело као модел подразумева у контексту суда његову апсолутну пасивност, и сходно томе суд нема никакву одговорност за сакупљање процесног материјала. Истражна активност суда је противуречна расправном начелу, па ако постоји у конкретном систему, у зависности од интензитета, или представља изузетак од важећег расправног начела, или доводи до његовог неважења. С друге стране, већ преко једног века нарочито афирмисана дужност питања суда у позитивним правима, као његова активност на плану прикупљања процесног материјала у виду подстицања странака да га оне изнесу, поставља претходне догматичке проблеме: која је природа овакве активности, и спрам тога какав је њен однос према расправном начелу. Наиме, ради се о активности суда која није инквизиторног карактера, јер једноставно суд нема овлашћење да замени улоге странака и да уместо њих унесе просецни материјал; он треба само да укаже странкама на конкретне дефиците, и ништа више од тога. Уколико уз сва три аспекта расправног начела у једном систему постоји оваква дужност суда, онда у њему не важи расправно начело. У моделском смислу расправно начело подразумева искључиву одговорност странака, а судијска дужност питања то мења у значајној мери, јер је онда и суд саодговоран. Већ волумен мењања основе концепције оправдава да се судијска дужност питања у конкретном систему не означава само као изузетак који не доводи у питање важење расправног начела. С друге стране, што је пресудно, уколико постоји саодговорност суда, мења се структура поступка која је израз моделског расправног начела, тиме и његова основна парадигма. Суд више није пасиван, већ је активан на плану прикупљања процесног материјала. Због тога у једном таквом поступку не постоји расправно начело; оно није важеће. Спрам тога је потребно изградити нов догматички појам начела које ће онда бити и важеће. Најподеснији термин је ублажено расправно начело. Он показује да постоји нит са расправним начелом, јер је последња одговорност за идеално чињенично стање на крају на странкама; оне имају неокрњено право располагања њиме. „Ублаженост“ треба да покаже да суштину, а то је ублажавање одговорности странака и постојање саодговорности суда. Према томе, постоје два модела начела која у себи подразумевају да само странке уносе процесни материјал у поступак. То је расправно начело и ублажено расправно начело.

Одговорност странака за идеално чињенично стање и право располагања њиме није логичка последица приватне аутономије материјалног права. Она је очувана чак и да важи истражно начело. Оправдање је чисто правнополитичко, и налази се у вредновању слободе и одговорности грађана. Исто је и у погледу питања саодговорности суда. Док је расправно начело у том смислу као концепт везан за екстремно индивидуалистичко схватање поступка, ублажено расправно начело је везано данас за идеју, може се рећи, правичног вредновања слободе и одговорности; тотална неодговорност суда је израз апсолутне незаинтересованости државе за исправно пресуђење.

Расправно начело као појам и разрађени концепт потиче из германског правног круга. За више од два века, колико траје жива дискусија о њему, схватања

су се мењала. Од почетног уздицања расправног начела као јединог примереног и замисливог у парничном поступку, што је имало своје корене у либералном схватању поступка, већ у другој половини XIX века се вредност расправног начела релативизује, и то управо од представника либералне струје. *Вахово* схватање које је данас репер за „класично либерално схватање поступка, показује да расправно начело није догма, нити да је идеја о саодговорном судији неприхватљива у контексту идеје о слободи странака. Чисто расправно начело већ тада није примерено, што на крају показује и изворна редакција нГрпп; суд је и тада имао дужност питања. Историјску прекретницу представља *Клајново* схватање преточено у реформисани аустријски поступак с краја XIX века. Социјална компонента и увиђање праве вредности и последице страначке аутономије у поступку постају основ да се улога суда активира, али без преласка на истражно начело. Посебно акцентована судијска дужност упућивања једна је од основних карактеристика изворне редакције аГрпп, која данас не само да није измењена, већ је додатно афирмисана. Савремена аустријска доктрина, али и судска пракса, готово да је у потпуности очувала основну идеју *Клајна* – суд је активан и саодговорни субјекат поступка. Тотална одговорност странака не постоји, и у том смислу расправно начело није важеће. *Клајнова* концепција је временом и у Немачкој довела до ревидирања ставова и постепено се – у потпуности или парцијално – прихватила. Не без разлога се историја новелирања нГрпп означава као историја смањивања страначке власти, односно боље речено – новелирањем се одговорност за идеално чињенично стање постепено пребацивала на суд. Данашње стање показује да и поред тога што расправно начело за већинску доктрину јесте важеће, постоји јасно и детаљно разрађена саодговорност суда; он има изричиту дужност да указује странкама на дефиците процесног материјала. То није ни инквизиторна дужност суда, нити је то израз тоталитарне идеологије. Околност да је националсоцијалистичка доктрина била противник расправног начела, односно да је акцентовала судијски активизам, не значи да је концепт саодговорности суда својствен колективистичком схватању поступка. Потврда тога је додатно афирмисање судијске дужности упућивања након Другог светског рата, дакле у амбијенту поновног оживљавања либералних идеја.

Заједничко за оба поступка, односно за њихово схватање, јесте увиђање значаја судијске дужности питања у контексту расподеле улога у поступку и права на саслушање. Наиме, иако принципијелно странке уносе чињенице у поступак, њихову правну оцену даје суд – *iura novit curia*. Управо због тога је дужност питања данас неодвојиви део правичног поступка правне и социјалне државе, с обзиром да је она средство за обезбеђивање права на саслушање као основног људског права. Заснивање пресуда на дефицитима процесног материјала, за које странке због погрешне правне квалификације спора нису ни знале да постоје, представља повреду овог људског права уколико суд не укаже претходно странакама на нужност допуне. У томе се опет види и оправдање релативизовања одговорност странака и њено свођење на разумну меру. На крају, такав концепт служи остварењу циља поступка, а то је материјалноправно исправна пресуда. Свакако, од самих

странака зависи да ли ће одговорити позивима суда и употпунити процесни материјал, јер је то њихова слобода. Но, како се наводи, да би неко могао да ужива слободу, мора претходно да је буде свестан.

Конкретно уређење поступака показује да је концепт судијске саодговорности фундамент. Он је „жила куцавица поступка“, или његова *Magna Carta*. И поред нешто другачијих почетних позиција изворника, данас ови поступци представљају израз истог модела поступка – модерног германског модела. Основна парадигма им је иста, а то је управо судијска дужност упућивања као заокружени и развијени концепт. Стога се и данас развија теза о дијалошком моделу поступка, што подразумева да суд указује странкама да дефиците процесног материјала. Судија није пасивни посматрач страначког двобоја, и успех странака не сме да зависи од њиховог умећа и спретности; у поступку треба да успе онај ко је у праву. Дарвинистичко схватање поступка, у којем су расправно начело и пасиван суд најважнији сегменти, представља тек историјску категорију. Уколико се целокупан развој сагледа из историјског угла, може се само констатовати да је победила *Клајнова* концепција, управо заснована на идеји саодговорности суда. Неподељено је мишљење да је она не само још увек модерна, већ и да је будућа. На крају, последње велике реформе оба поступка (2001. и 2002. г.) само то потврђују.

У домаћем праву, почев од преузимања *Клајновог* концепта у првој југословенској кодификацији 1929. г., влада заправо ублажено расправно начело.

Важеће начело у Грпп је било, сходно резултатима овог рада, ублажено расправно начело. Послератни закони донети за време социјализма нису напустили тај курс, насупрот данашњим паушалним оценама да је тада важило истражно начело. За то не даје повода ни тадашња доктрина, нити сами законски текстови. И поред тога што је суд имао овлашћење, па чак и ако се оно делом схватало као дужност, да изводи доказе по службеној дужности, праг истражног начела није пређен. Терет тврдње је постојао, што је онемогућавало остварење смисла истражног начела. Наиме, суд није могао да изводи доказе ради утврђивања „материјалне истине“ уколико странке нису претходно поставиле тврдње; истраживачко доказивање је и према тадашњој доктрини било забрањено. Утолико се може рећи да је и у ЗПП 56/76 важило ублажено расправно начело, свакако уз постојање изузетка у виду извођења доказа *ex offio*. Но, управо овај изузетак, који је било основ за постојање „начела материјалне истине“, није имало капацитет да негира ублажено расправно начело.

На погрешном означавању ЗПП 56/76 као поступака у којем је важило истражно начело се гради схватање о расправном начелу као важећем у ЗПП 04, а нарочито у ЗПП. Полази се од тога да је једина битна ствар питање иницијативе за извођење доказа; уколико постоји овлашћење суда да их изводи *ex offio*, онда важи истражно начело; уколико не постоји, важи расправно начело. Овакво догматичко схватање је карактеристично за добар део литературе и за судску праксу. Резултат тога је идеја о чистом расправном начелу, која није ништа друго до апсолутизовање расправног начела у догматичком, моделском смислу. Ради се о тези да је са напуштањем извођења доказа по службеној дужности промењена парадигма

поступка, односно како се то наводи – измењен је „концепт парничења“. Улога суда је према томе пасивна, и судија је сведен на немог арбитра. Само су странке одговорне за формирање идеалног чињеничног стања, а суд нема никакву одговорност на том плану. Овај *нов* модел, који према замисли овог дела литературе треба да обезбеди уједно и право на правично суђење, међутим, није никако такав. Он је типичан пример модела поступка на основу екстремно либералног схватања карактеристичног за средину XIX века у германском правном кругу.

Схватање о расправном начелу као важећем у ЗПП, а нарочито у чистом виду, на првом месту не одговара позитивноправној реалности. Само странке уносе процесни материјал у поступак, и суд нема инквизиторна овлашћења. С друге стране, постоји општа дужност питања. Према томе, то је показатељ да постоји ублажено расправно начело. Схватање о пасивном суду није у стању да објасни саме одредбе ЗПП које изричито предвиђају судијску дужност питања. Она напротив постоји, и немогуће је негирати је при постојању дужности суда да се стара да се свестрано расправи предмет спора с једне стране, и дужности суда да питањима подстакне странке да изнесу дефицитарни процесни материјал. У том смислу је суд саодговоран за формирање идеалног чињеничног стања. Основна грешка наведеног схватања, и то у догматичком смислу, јесте везивање било какве активности суда за истражно начело. Околност да суд више не може да изводи доказе по службеној дужности не значи уједно да је расправно начело апсолутизовано. Повећан значај страначке слободе, и неспорно повећавање њихове одговорности није разлог да се изричите норме које предвиђају судијску саодговорност маргинализују. Истовремено постојање слободе и одговорности странака и саодговорности суда није системска грешка, односно није контрадикторно. Потврда тога је функционисање немачког и аустријског поступка. Апсолутизовање расправног начела уз наведени приступ представља повратак у превазиђену појмовну јуриспруденцију, односно доводи до највеће опасности коју учење о максимама носи са собом – схватање начела као догми која не трпе изузетке. На овом примеру се види управо сва вредност диференцирања начела у смислу догматичког и нормативног поимања.

За образложење једног спорног питања, свакако тако фундаменталног као што је питање расподеле одговорности за идеално чињенично стање, потребни су и додатни, стварни разлози вредносне природе. Околност да је теза о расправном начелу и пасивном суду враћање у историјске категорије гледано из визуре развоја правног круга коме и ми припадамо, и да је несумњиво анахрона, још ништа не говори. Међутим, када се узму у обзир домаћи параметри, који су и једино и битни, види се да модерно немачко-аустријско поимање одговара стању правног поретка Републике Србије.

Прво, вредновања приватне аутономије спрам схватања саме државе не допуштају екстремни индивидуализам и либерализам. Република Србија је по дефиницији заснована на владавини права и социјалној правди. Тотално свалживање одговорности странака за идеално чињенично стање, при постојању правила *iura novit curia*, представља њихово неразумно и неоправдано оптерећење. У том смислу

негирање судијске активности, која се не претвара у инквизиторну делатност, значи управо и негирање вредновања приватне аутономије у једној правној и социјалној држави. Супротно, схватање о пасивном судији уопште то не узима у обзир, и гради своје закључке на погрешним премисама, које су како теоријске, тако и идеолошке заблуде. Нити је дужност питања инквизиторна активност суда и манифестација „превлaданог“ начела материјалне истине, нити је она реликт социјализма. На крају, напуштање социјализма не значи и успостављање екстремно либералног уређења државе, што би једино и могло да оправда схватање о „доследно спроведеном расправном начелу“ и „судији абитру пред којим се странке боре“.

Друго, ублажено расправно начело је у складу са циљем поступка, који подразумева пружање индивидуалне правне заштите, јер је тежња ка исправном пресуђењу, чему и служи између осталог активност суда, његова претпоставка. Судијска саодговорност није израз тежње да се у поступку заштити објективни правни поредак и спрам тога јавни интереси, већ обрнуто – она је у функцији индивидуалне правне заштите. Може се у том смислу рећи да је јавни интерес да се донесе исправна пресуда. Данашња Република Србија је спрам вредности које су фундирани у Уставу заинтересована да се донесе исправна пресуда, и то зарад странака које то и очекују од ње.

Треће, ублажено расправно начело служи остварењу права на правично суђење као основном људском процесном праву. Право на саслушање као његов неодвојиви и фундаментални део није само формално, већ оно мора суштински да постоји. С једне стране, у великом броју случајева негирање судијске дужности питања може да доведе до кршења права на саслушање. И у српском правном поретку тзв. пресуда изненађења има такав значај, и спрам тога је она уставноправно забрањена. С друге стране, сама за себе дужност питања доприноси остварењу делотворног права на саслушање. Тиме што суд подстиче странке да износе процесни материјал, он омогућава да се странке изјасне о чињеничним елементима спора и да тиме утичу на резултат поступка, што је и смисао права на саслушање. Такво подстицање заиста има значај помоћи странкама, јер се избегава губитак спора, али то не значи да се тиме доводи у питање непристрасност суда, односно право странака на непристрасни суд као део права на правично суђење. Дужност питања је општа, а њене границе иако нису редакцијски изричито фиксирани постоје. Све док се суд креће у њима, и док испуњава своју законску дужност, принципијелно се не доводи у питање његова непристрасност. Сасвим је друго питање конкретног начина испуњавања дужности.

Вредност теоријског уобличавања појма начела поступка, и вођење рачуна о дистинкцији између начела у догматичком смислу и начела у нормативном смислу, показује се као кључно за разумевање српског парничног поступка, и уједно показује грешке дела литературе и судске праксе који инсистирају на томе да је расправно начело, и то готово чисто, важеће начело. С једне стране важеће

II. Конкретизација ублаженог расправног начела

Укупно гледано у домаћој доктрини и пракси ублажено расправно начело није развијено. Његова основна конкретизација у виду четири института је у већој или мањој мери замагљена. У том смислу је учињен покушај да се, пре свега, дефинишу објективни терет тврдње, ново уређење одређивања потребе доказивања, субјективни терет доказивања и судијска дужност питања, потом и да се разјасне основна питања везана за њих. Уз то је и обрађен низ других питања који у већој или мањој мери дотичу ублажено расправно начело. Овде ће се изложити само најважнији резултати у погледу основна четири института, као и конкретизација ублаженог расправног начела у поступцима по жалби и ревизији.

Објективни терет тврдње у потпуности постоји у ЗПП. Он је иманентан систему у којем само странке постављају тврдње и у којем постоји дужност суда да пресуди уз постојање процесних претпоставки. Уколико у поступак нису унете тврдње о чињеницама које су спрам стања ствари потребне за примену материјалоправне норме, спор губи странка која сноси терет тврдње за такве чињенице. Механизам пресуђења је детерминисан концептом терета тврдње, који подразумева да се фингира (не)испуњеност диспозиције норме у погледу које постоји дефицит тврдње. Последица постојања објективног терета тврдње је методологија поступања првостепеног суда у виду испитивања конклузивности тужбе у првом реду.

У ЗПП странке су принципијелно одговорне за одређивање потребе доказивања. Од воље странке зависи да ли ће тврдња њеног противника бити без судијске провере подлога за пресуђење, или ће се проверавати доказивањем. Такво уређење је манифестовано кроз увођење терета изјашњавања, који већ постоји у немачком праву. Ради се о правом процесном терету странке да се изјасни о конкретној тврдњи противника, и то двосмерно: да је призна, или да је оспори. Неудовољавање овом терету води фикцији признања тврдњи, што значи да се она неће доказивати. Као и код изричитог признања тврдњи, битан је вољни моменат, и кроз њега се манифестује ублажено расправно начело као право располагања идеалним чињеничним стањем.

Субјективни терет доказивања подразумева да странка која сноси ризик недоказаности за једну чињеницу треба да предлаже доказе, како би управо избегла губитак спора. Данашње владајуће схватање праксе да се у случају непредлагања доказа директно примењује механизам објективног терета доказивања не може се прихватити. Дефицит доказних предлога за једну спорну чињеничну тврдњу не ослобађа суд дужности да оцењује њену истинитост, јер доказивање није једини начин за то; суд иначе има дужност да то чини и на основу резултата расправе, па је то и начин испитивања истинитости у случају дефицита доказног предлога. Тек ако након тога оцени да не може са сигурношћу да закључи да ли је она истинита или не, дакле ако постоји *non liquet*, онда долази до примене механизма објективног терета доказивања. Према томе, нужно је да се разликује субјективни и објективни терет доказивања, а и сам ЗПП пружа јасан ослонац за то.

Судијска дужност питања подразумева праву обавезу суда да питањима указује странкама да санирају дефиците процесног материјала – дефиците тврдњи и доказних предлога, али и потребу да се испуни терет изјашњења. Њен смисао је у ублажавању одговорности странака, али и у обезбеђивању права на саслушање као основног људског процесног права. У том смислу је суд саодговоран за идеално чињенично стање. И у српском правном поретку постоји забрана пресуде изненађења, која подразумева да суд пресуђује на основу дефицита процесног материјала, а притом странкама није указао на своје дивергентно правно схватање и у складу са њим на потребу да се санирају дефицити. Општа дужност питања пресудно утиче и на концепт преклузија изношења процесног материјала током првостепеног поступка. Стандард кривике странака као услов за допуштање нових тврдњи и доказних предлога након припремног рочишта се мора схватити у контексту саодговорности суда. Једна од основних вредности правичног поступка једне правне државе је забрана пребацивања одговорности на странке због грешака суда. Према томе, уколико суд не испуни своју дужности питања, касније изношење процесног материјала који би био изнет да није било грешке суда никако не потпада под „кривицу странака“, сходно томе и нема преклузије. С друге стране, не постоји преклузија испуњавања дужности питања, и он је мора испунити и након припремног рочишта. У противном, од идеје о саодговорности нема ништа.

Ублажено расправно начело пресудно утиче и на поступак по жалби и ревизији, јер се питање одговорности странака и суда за идеално чињенично стање на крају своди на конкретизацију у поступцима по правим лековима. Пре свега, с обзиром да се оно односи на процесни материјал, битно је одредити појам непотпуног чињеничног стања. Истраживање је показало да је то само један од два вида погрешне примене материјалног права, па стога и тамо где ЗПП номинално искључује непотпуно чињенично стање као разлог правног лека, заправо то не важи. Пресуда на основу терета тврдње, као последица страначке одговорности, није захваћена непотпуним чињеничним стањем, иако она по дефиницији нема утврђења о битним чињеницама. Такав закључак је једини у складу са ублаженим расправним начелом и изричитом законском одредбом да суд не може да утврђује чињенице које странке нису изнеле. Повреда судијске дужности питања подразумева и доношење пресуде упркос дефициту процесног материјала, па зато она представља само релативно битну повреду поступка. То је, пре свега, жалбени разлог, а уколико се одржава обавезна жалбена расправа и ревизијски, јер тада жалбени суд такође има дужност питања. У томе се реално манифестује концепт судијске саодговорности. Непотпуно чињенично стање, само за себе увек представља погрешну примену материјалног права и води апсолутном укидању, чак и да постоји дефицит тврдњи о чињеницама које нису утврђене. Разлог за то је смисао ублаженог расправног начела у виду судијске саодговорности. Нижестепени суд због свог погрешне оцене спора није ни вршио своју дужност питања, па се из тога и не може свалити одговорност на странку, која се и поуздава у правну оцену суда; јер, која странка ће износити тврдње и предлагати доказе уколико су они очито ирелевантни за суд који доноси пресуду? Негирање апсолутног укидања пресуда у случају непотпуног чињеничног

стања би значило управо доношење инстанционих пресуда изненађења, и тиме би кршило право на саслушање. Утолико је редакција ЗПП о последицама непотпуног чињеничног стања јасна, што је и додатна потврда постојања ублаженог расправног начела.

III. Вредновање модела ЗПП; о потреби законодавних промена

Постојећи српски парнични поступак одговара правнополитичким вредновањима у смислу расподеле одговорности за идеално чињенично стање. Ублажено расправно начело постоји, и његова конкретизација пружа довољно ослонаца за поступак који ће удовољити циљу – исправном пресуђењу уколико то странке желе, и то у разумном року. За то је, међутим, потребно да се на првом месту пракса коначно ослободи екстремног позитивизма које не превазилази изоловано језичко тумачење норми. Образложење постојања ублаженог расправног начела, односно негирања постојања расправног, се управо заснива на једином методолошки исправном приступу: сагледавању једног система норми као целине, вредновању проблематичких места и спрам тога отклањању противуречности. Резултат истраживања показује да су противуречности у ЗПП заправо само привидне. Све то говори у прилог томе да потребе за законодавним променама нема. Ипак, управо због садашњег стања судске праксе, али и доброг дела литературе, промене су нужне. Оне се морају односити на редефинисање судијске дужности питања у смислу јасног одређивања задатака суда; уз то, због непостојања свести о забрани пресуде изненађења, потребно је и да се то изричито пропише. Чини се да је то једини начин за ослобађање догме о расправном начелу. Упоредноправна искуства дају поуздан материјал, с обзиром да у Немачкој и Аустрији концепт саодговорности суда и више него добро функционише.