

Марко Кнежевић, асистент
Универзитет у Новом Саду
Правни Факултет у Новом Саду

ТЕРЕТ ДОКАЗИВАЊА НЕДОЗВОЉЕНОСТИ ИМИСИЈА КАО ПРЕТПОСТАВКЕ НЕГАТОРНОГ ЗАХТЕВА¹

Сажетак: у раду се даје одговор на питање ризика недоказаности чињеница које се односе на недозвољеност имисија као претпоставке насљанка негаторног захтева. С обзиром да изричитим законским одредбама није прописана дисјрибуција ризика недоказаности за ове чињенице, постављени проблем се различито од стандардне доктрине сагледава сјрам ошћеј правила предвиђеној у Закону о парничном поступку – изв. модификоване теорије норме. Кључ проблема се налази у разликовању конститутивних и импедитивних чињеница захтева и методолошких правила за њихово разграничење. Примена модификоване теорије норме показује да у резултату суужени од које се захтева пресјанак имисија сноси ризик недоказаности чињеница које се односе на дозвољеност имисија.

Кључне речи: терет доказивања, захтев, негаторни захтев, имисије.

І. Уводне напомене

У постављеном наслову рада спомињу се две категорије које су можда центар највеће пажње домаће стручне и научне јавности, укључујући и судску праксу. С једне стране стварноправна заштита од имисија представља један од начина заштите животне средине, која је, сасвим оправдано због развоја индустрије и човечанства уопште, у фокусу различитих ди-

¹ Овај рад је резултат истраживања у оквиру научно-истраживачког пројекта Министарства просвете и науке Републике Србије на тему „Биомедицина, заштита животне средине и право“.

циплина права.² Број радова који се баве стварноправним захтевом за престанак имисија у поређењу са другим институтима грађанског права показују изузетну заинтересованост цивилистике. С друге стране, након доношења Закона о парничном поступку из 2004. г.³ терет доказивања заокупља пажњу пре свега судске праксе – сразмерно велик број пресуда се доноси на основу терета доказивања. Примена новог Закона о парничном поступку из 2011. г.⁴ овај тренд не мења.

У наслову рада поставили смо себи задатак да одговоримо на питање ко сноси терет доказивања за чињеничне тврдње које се односе на допуштеност имисија у парницама где се захтева престанак имисија, а где је тзв. негативни захтев подлога за пресуђење. Циљ рада није указивање на евентуалну несавршеност стварноправне заштите од имисија и у том смислу предлагање решења *de ferenda*. У истом смислу циљ није ни предлагање побољшања самих нормативних решења својинскоправних захтева, нити решења расподеле терета доказивања. Напротив, циљ је свеобухватно позитивноправно сагледавање и евентуално решавање проблема овог рада, дакле спрам садашњег стања ствари у правном систему. Ово последње значи, што би требало да се и подразумева, спрам стања домаћег правног система; сваки упоредноправни екскурс биће само аргументација у прилог ставу за решење домаћег проблема, односно прецизније, аргументација да та у упоредноправним системима ће се користити, где је то наравно методолошки могуће, као аргументација за наше решење.

II. Терет доказивања и захтев

1. Терет доказивања

Суд може применити једну норму у позитивном смислу (да закључи да је наступила правна последица) само ако је утврдио да се испунило законско чињенично стање једне норме. Исто тако, суд ће једну норму у негативном смислу применити (закључак да није наступила правна последица) када утврди да се оно није испунило.⁵ Последица слободне оцене доказа је међутим трећа могућност, а то је да суд не може са потребним степеном уверења да утврди доказивањем да ли је законско чињенично стање испуњено или није (тзв. *non liquet*).⁶ У том случају се, максимално упро-

² В. Д. Николић (ред.), *Основе права животне средине* (2009).

³ Сл. гласник РС 125/04, 111/09, у даљем тексту ЗПП 04.

⁴ Сл. гласник РС 72/11, 44/13 (Одлука УС), 74/13 (Одлука УС), у даљем тексту ЗПП.

⁵ *Leipold, Beweislastregeln und gesetzliche Vermutungen* (1966) 22.

⁶ Код нас се овај степен уверења, неспорно за уверење о чињеницама од којих зависи мериторно пресуђење, дефинисао као уверење. Од Новеле ЗПП 76 из 1990. г., законски је регулисан овај стандард кованицом „утврђење са сигурношћу“, а до данас није мењан (чл.

шћено, примењују правила о терету доказивања (тако и чл. 231 ст. 1 ЗПП). Овај појам је ипак вишеслојан. Он подразумева најпре одређење шта конкретно урадити у случају *non liquet*. По владајућем схватању суд треба тада да узме као да је није утврђена истинитост чињеничне тврдње странке (без обзира да ли се ради о позитивној или негативној чињеници), јер се на тај начин превладава немогућност позитивне или негативне примене нормe.⁷ Одговор на питање које се надовезује – која је то странка чија ће се чињенична тврдња узети да није истинита – дају правила о конкретној расподели терета доказивања. Тада се долази до одговора на питање на коју странку пада терет доказивања. Дакле, функционално гледано, правила о терету доказивања служе превладавању кризне ситуације које подразумева *non liquet* и тиме испуњењу уставне дужности судова да пресуде у случају постојања свих процесних претпоставки. Другим речима, ова правила су адресирана на суд, јер у укупности дају одговор на питање како суд треба да пресуди у случају *non liquet*.⁸

Терет доказивања се у литератури везује за две категорије – субјективни и објективни терет доказивања. Субјективни терет доказивања подразумева дужност странке да предложи доказе како би се суд уверио у истинитост њене тврдње. Иако се у самом законском тексту говори заиста о дужности странке,⁹ ради се о заправо о специфичној процесној категорији терета, који подразумева да је то дужност странке према себи самој,¹⁰ уколико не предложи доказ, ризикује штетне последице по своју процесну

231 ст. 1 ЗПП). За усаглашеност садашње редакције чл. 231 ст. 1 ЗПП и структуре поступка спрам граница расправног начела в. *Кеча*, О терету доказивања у парничном поступку, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду XLVII/3 (2013) 75 и след.

⁷ Овај корак се у методолошком смислу различито одређује (за исцрпан приказ в. *Узелац*, Терет доказивања, докторска дисертација Загреб [1998] 97 и след.. 259/260). Начин на који га ми излажемо највише одговара тези о тзв. оперативном правилу (в. *Prütting*, in *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Bd. 1³ [2007] § 286 Rn. 106 са даљим упућивањем).

⁸ Уп. *Rosenberg*, *Die Beweislast*⁴ (1956) 2 f; *Leipold*, цит. у фн. 5, 34; *Познић*, Коментар Закона о парничном поступку према тексту Закона из 1976. године (2009) 582/583. Стога је погрешна доста честа домаћа пракса која пресуђује применом правила о терету доказивања и у случају да је суд са сигурношћу утврдио (не)истинитост доказне теме; в. нпр. *АС у Београду* Гж 10561/10 Билтен АС у Београду 5 (2013) 148: утврђење да је тужилац свесно и са намером закључио уговор и констатација да тужилац није доказао да постоје мане воље, за шта сноси терет доказивања.

⁹ Чл. 7 ст. 1, 98 ст. 4, 228 ЗПП.

¹⁰ Тако и готово цела домаћа теорија (в. уместо свих *Познић/Ракић-Водинелић*, *Грађанско процесно право*¹⁶ [2010] т. 555). За разликовање процесне дужности/обавезе и процесног терета уп. *Jauernig*, *Zivilprozessrecht*²⁹ (2007) § 26 I; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, *Zivilprozessrecht*¹⁷ (2010) § 2 Rn 11 ff; *Stürner*, *Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses* (1976) 71 ff.

позицију, а то је прво *non liquet*, а потом и цео механизам који следи, закључно са неуспехом у парници.¹¹ Централно питање код терета доказивања је међутим објективни терет доказивања, боље ризик недоказаности (нем. *Risiko der Beweislosigkeit*)¹², и то његова конкретна расподела. Овај ризик се разликује од субјективног терета доказивања и не би требало да се поистовећује, јер је замисливо да странка предложи доказе које суд и изведе, али да суд и поред тога не може са сигурношћу да заузме став о истинитости теме доказивања.¹³ Расподела ризика према томе усмерена је на конкретно решавање *non liquet* ситуације. Код нас је ова расподела, уколико у другим законима не постоје појединачна правила¹⁴, од ЗПП 04 изричито законско правило. Тако странка која тврди да има неко право сноси ризик недоказаности чињеница која је битна за настанак или остварење права (чл. 231 ст. 2 ЗПП), а странка која оспорава постојање неког права сноси ризик недоказаности чињенице која је спречила настанак или остварење права или услед које је право престало да постоји (чл. 231 ст. 2 ЗПП). У сваком случају ова расподела је независна од процесне позиције странке, што долази до изражаја код негативних утврђујућих тужби.¹⁵

2. Захиџев

Већинско схватање у домаћој цивилистици полази од тога да повредом неког субјективног права настаје захтев или тужба у материјалном смислу, што се своди на могућност принудног остварења. Означавајући

¹¹ Уп. *Rosenberg*, цит. у фн. 8, 55/56.

¹² Ово је најподеснији превод са немачког онога што се традиционално означава као објективни терет доказивања. У самој немачкој литератури се срећу различити називи, попут најприхваћенијег *Feststellungslast* (*Rosenberg*, цит. у фн. 8, 16, 24 ff), потом *Beweisrisiko* (*Stürner*, цит. у фн. 10, 4) и др.; за даље термилошке покушаје в. *Узелац*, цит. у фн. 7, 69/70 са даљим упућивањима. Ризик недоказаности литература користи као синоним са теретом доказивања (уп. *Познић/Пакић-Водинелић*, цит. у фн. 10, т. 556; *Јакишић*, Грађанско процесно право⁶ [2012] т. 2421 и след.), стим да га користи и репрезентивна пракса (*BCC Прев 227/97 Гласник АКВ 5/1998, 217*)

¹³ Уп. *Prütting*, цит. у фн. 7, § 286 Rn. 100. Супротно међутим *Ђурићин*, О терету доказивања у парничном поступку, *Право: теорија и пракса 7-8/1995, 67 (75)*, која везује пресуђење на основу терета доказивања, дакле ситуацију *non liquet*, за случај да странка која сноси ризик није била у стању да пружи суду адекватне доказе. О раздвајању појмова субјективног и објективног терета доказивања и последицама в. *Узелац*, цит. у фн. 7, 246 и след.

¹⁴ Ова појединачна правила су део материјалноправних закона, а редигована су термилошки као да се ради о субјективном терету доказивања (нпр. „[в]ласник мора доказати да на ствари чији повраћај тражи има право својине, као и да се ствар налази у фактичкој власти туженог“ [чл. 37 ст. 2 ЗОСО]). Међутим, и тада се ради о расподели ризика недоказаности. Исто тако, у овим ситауцама се не регулише нити доказ нити доказивање, већ само наведена расподела ризика.

¹⁵ *Јакишић*, цит. у фн. 12, т. 2430; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, цит. у фн. 10, § 115 Rn. 36.

као синоним ова два термина, заузима се став да се ради само о елементу већ постојећег субјективног права, никако о самосталном елементу.¹⁶ Насупрот тужби у материјалном смислу, постоји и процесна тужба, начин на који се према процесном праву врши ова радња. Према томе, што се тиче конкретног питања овог рада, повредом права својине настаје тужба у материјалном смислу, која је сама елемент права својине. Ово гледиште суштински представља пандектистичко схватање које је фундирао *Савињи* средином 19. века¹⁷, и које је било владајуће у том периоду у окружењу у којем је и настало – у германском правном кругу.¹⁸ Иако домаћа литература захтев и тужбу у материјалном смислу користи као синониме, а *Савињијева* доктрина не, став да се овде ради о овој доктрини може се аргументовати тиме да се спомиње двојство тужбе – материјална и процесна, као и свођење захтева на могућност принудног остварења.¹⁹ Такво двојство код *Савињија* има своје оправдање у његовој конструкцији права на тужбу (нем. *Klagrecht*) у смислу теорије о цивилистичком монизму.²⁰ Треба напоменути да се у наведеном схватању домаће литературе питање самог права на тужбу не спомиње.

Насупрот изложеном схватању мањински део литературе схвата захтев као посебно субјективно право да се од одређеног лица захтева некакво чињење или пропуштање. Захтев настаје или повредом неког постојећег субјективног права, или повредом правно признатог интереса. У основи захтеви су у служби субјективних права и правних позиција које нису

¹⁶ *Појовић*, Појам субјективног права (1974) 245 и след., 259 и след.; *Гамс/Ђуровић*, Увод у грађанско право¹⁷ (1994) т. 516; *Д. Николић*, Увод у систем грађанског права¹¹ (2013) т. 364; *Бабић*, Грађанско право, Књ. 1 Увод у грађанско право (2011) марг. бр. 430 и след.; *Д. Појов*, Грађанско право (општи део)⁷ (2012) 128/129; *Ковачевић Кушићримо-вић/Лазућ*, Увод у грађанско право (2008) 161/162, 388. У ово схватање сврставамо и *Д. Сивојановића* (Увод у грађанско право⁹ [2000]) који иако сматра да захтев/тужба у материјалном смислу не улази у појам субјективног права, јер је то пропратна појава (142/143) ипак истиче да је то елемент субјективног права („најважнији елемент субјективног права је захтев, тојест могућност да се право принудним путем оствари“ [224]).

¹⁷ *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts, Bd. V (1841) 5 ff.

¹⁸ За сажету реконструкцију *Савињијевих* схватања и прихваћеност његове теорије у 19. веку в. *Hesselberger*, Die Lehre vom Streitgegenstand (1970) 72 ff; *Kaufmann*, Zur Geschichte des aktionenrechtlichen Denkens, Juristenzeitung 1964, 482 (488). Иначе и домаћа доктрина тог времена се базира на овом правцу (в. *Ђорђевић*, Теорија Грађанског судског поступка I² [1924] т. 357 и след.).

¹⁹ *Крнеића*, Еволуција појма „захтјев“ и његов однос према субјективном праву, Годишњак Правног факултета у Сарајеву XXIII (1975) 297 (306/307): „свођење захтјева на тужбу у материјалном смислу није ништа друго до него удаљени ехо деветнаестовјековног цивилистичког појма тужбе“.

²⁰ Уп. *Savigny*, цит. у фн. 17, 5/6. О овом правцу у развоју теорије о праву на тужбу в. исцпрно *Дика*, Правно на тужбу (1987) 19 и след. (цивилистички монизам у 19. веку), 155 и след. (цивилистички монизам у домаћој теорији).

субјективна права, они су инструменталног карактера; и поред тога они су независни од субјективних права и правних позиција којима служе.²¹ Ово схватање уопште не спомиње тужбу у материјалном смислу, следствено томе ни тужбу у процесном смислу, већ се наглашава да се захтев може остварити и судским путем.²² Оно се базира на модерној немачкој доктрини о субјективном праву и захтеву,²³ и настало је еманципацијом процесног права и, може се рећи, критиком *Савињијеве* доктрине о праву на тужбу. Захтеви су према томе посебна субјективна права инструменталног карактера; она су тзв. секундарна права (нем. *sekundäre Rechte*) која имају заштитну и помоћну функцију (нем. *Schutz- und Hilfsfunktion*)²⁴, али која су посебна субјективна права. То што се они могу судски остварити само је опште обележје сваког права и тиме се не дира у право на тужбу као јавно-право.²⁵ Битна ставка је истицање да је захтев независна категорија од тужбеног захтева и поступка уопште, јер он настаје без подизања тужбе, па и независно од знања његовог титулара.²⁶

На слабост акциоправног мишљења је указано је у домаћој науци.²⁷ Одлучан аргумент, а то је како објаснити да се признају захтеви у неким ситуацијама и онда када нема никаквог субјективног права, стога ни његове повреде²⁸, може се оставити по страни, с обзиром на тему рада – за питање терета доказивања захтева није од значаја да ли је он посебно субјективно право или не. Овде је важније истаћи предност модерног схватања о захтеву у виду очишћености од процесних елемената, што се показује (делом) и у разматрању односа терета доказивања и захтева.

²¹ *Крнеџа*, цит. у фн. 19, 307 и след.; *Водинелић*, Грађанско право (2012) т. 616 и след.

²² *Водинелић*, цит. у фн. 21, т. 622, 940 прави додатну разлику у овом контексту са конструкцијом правозащитних захтева који настају тек повредом субјективног права или правне позиције и који се у том смислу могу остварити и судским путем.

²³ *Крнеџин* рад (цит. у фн. 19, 303 и след.) то показује са упућивањем на тадашњу доктрину, која се до данас није променила; в. *Medicus*, Allgemeiner Teils des BGB⁸ (2002) Rn. 63, 73 ff.; *Brox*, Allgemeiner Teils des BGB²³ (1999) Rn. 579, 591 ff.; *Köhler*, BGB Allgemeiner Teil³¹ (2007) § 17 Rn. 11, § 18 Rn. 1 ff.; *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹¹ (2000) 44/45.

²⁴ *Reiser*, Der Stand der Lehre vom subjektiven Recht im Deutschen Zivilrecht, Juristenzeitung 1961, 465 (466/467); *Водинелић*, цит. у фн. 21, т. 621 и след.

²⁵ *Крнеџа*, цит. у фн. 19; в нарочито *Водинелић*, цит. у фн. 21, т. 940, који наглашава да материјалноправни правозащитни захтев треба разликовати од права на тужбу и једне теорије у том оквиру, теорије о правозащитном захтеву.

²⁶ *Medicus*, цит. у фн. 23, Rn. 74.

²⁷ В. *Крнеџа*, цит. у фн. 19, 306 и след.

²⁸ Типичан пример је заштита од нелојане конкуренције: како објаснити да трговац има захтев против другог трговца у случају нелојалне конкуренције (чл. 50а Закона о трговини), а да се притом право на лојалну конкуренцију не схвата као субјективно право. Уп. за покушај конструкције права на лојалну конкуренцију као субјективног права *Фикенчерова* схватање и критику *Рајзера* (L. *Reiser*, цит. у фн. 24, 472 са даљим упућивањима).

3. Однос *тјерейџа* доказивања и захтева

На основу претходно реченог произилази јасна раздвојености захтева и терета доказивања. Захтев је ванпроцесна категорија и он настаје онда када је испуњено законско чињенично стање; то је уосталом карактеристика свих других субјективних права.²⁹ Целокупна установа терета доказивања је на-против процесна категорија и ван поступка нема никакво дејство. Теорије које су везивале настанак материјалноправних последица, па и настанак захтева, за њихову доказаност у поступку превладане су, и, како се то наводи³⁰, у разматрању питања терета доказивања имају само историјску улогу.³¹ Такође, ово се не доводи у питање у домаћој цивилистици.³² Јер, материјално-правне норме су норме понашања адресиране на субјекте права, а не на суд.

И поред реченог, учење о тужби у материјалном смислу које се у суштини није одвојило од акционоправног мишљења утиче у одређеној мери на погрешно схватање односа захтева и терета доказивања. То се показује при обради појединачних захтева, а типичан пример су својински захтеви, где се они излажу добрим делом из визуре парничног поступка. Задржавање доктрине о тужби у материјалном смислу, па било оно само на терминолошком плану замена за захтев, носи са собом опасности због уношења процесних елемената у игру и доводи до занемаривања материјалноправног аспекта. Овде се могу издвојити две ствари. Прво, из става да нпр. власник има право тужбе у материјалном смислу врло лако се долази до формулације, која се и среће при обради захтева власника, да је он „овлашћен на тужбу“³³; уз то ако се дода још оно што се редовно наводи, да власник мора да докаже своје право својине, дошло би се до става да је власник овлашћен на тужбу ако докаже своје право својине. Таквим конфудирањем долази се до бркања стварне легитимације и процесних установа које се тичу допуштености тужбе, што може да на практичном плану доведе до грешака. Тако се можда оваквим формулацијама и може образложити релативно често одбацивање тужби због недостатка/недоказаности стварне

²⁹ При овом разматрању треба оставити по страни питање права преображајних тужби (у том смислу и *Musielak*, *Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozeß* [1975] 18 Fn. 117) и то нарочито спрам још увек спорног питања у домаћој цивилистици у погледу правне природе преображајних права.

³⁰ *Узелац*, цит. у фн. 7, 95.

³¹ За приказ ових теорија и њихову критику в. *Leipold*, цит. у фн. 5, 23 ff; *Musielak*, цит. у фн. 29, 4 ff.

³² Настанак материјалноправних последица везује се за правнорелеванте чињенице, дакле ванпроцесно; в. *Д. Николић*, цит. у фн. 16, т. 360; *Водинелић*, цит. у фн. 21, т. 1334 и след., нарочито т. 1367; *О. Сijanковић/Водинелић*, *Увод у грађанско право*⁵ (2007) т. 466 и след.

³³ Тако изричито *Бабић*, *Грађанско право*, Књ. 2 *Стварно право* (2012) марг. бр. 644 за реивиндикациони захтев.

легитимације од стране нижестепених судова. Потврда да је то честа појава показује учесталост изјашњавања, пре свих, ревизијских судова да непостојање захтева услед недостатка активне/пасивне легитимације не може водити одбацивању тужбе.³⁴ Исто би дакле важило и за недоказаност. Стога се барем из дидактичких разлога никако не може користити формулација која је последица учења о тужби у материјалном смислу да је неко овлашћен на тужбу,³⁵ или још поврх тога уз услов да докаже неке од претпоставки захтева. Напротив, свако је овлашћен на тужбу, односно на приступ суду (чл. 32 ст. 1 Устава). Друго, претпоставке настанка нпр. реивиндикационог захтева се не дефинишу на општи начин, већ се нагласак ставља на чињенице које подразумевају повреду права својине (депосесирање власника) и пасивну легитимацију туженог (тужени треба да буде држалац), а потом се неизоставно истиче да ће власник (тужилац) успети у спору уколико докаже ове чињенице. Потом се из чисто процесног угла говори о томе да тужени може истаћи приговоре који заправо подразумевају да тужени има право да држи ствар, те да он и сноси терет доказивања ових чињеница. Јасно је међутим да захтев ни не настаје ако тужени има право да држи ствар, тј. да је изостанак противправности држања претпоставка настанка захтева. Он не настаје зато што је тужени успео да докаже да има право, већ није ни настао. Спрам тога, што је важно за ову критику, не ради се о приговору као изграђеном појму доктрине о захтеву, а која има потврду и у нашем позитивном праву – механизам контумационе пресуде.³⁶

Оно што међутим повезује захтев и терет доказивања су правила о дистрибуцији ризика недоказаности и овај однос има значај тек када је дође до парнице у којој је постављен кондезаторни захтев.³⁷ Према општем правилу расподела се врши спрам различитих чињеничних претпоставки захтева, јер се различито третирају у том смислу чињенице на основу којих захтев наста-

³⁴ ВСС ИСП 12/2009-54; СП 1/2001-81; Рев 1090/99 Билтен ВСС 3/1999, 25 (26) = ЗСО XXIV-2000-93; ИСП 12/1998-75; СП 10/1992-71; ВСХ ЗСО III/4-1979-202; ОкС у Новом Саду Гж 5441/05 Билтен ОкС у Новом Саду 9 (2006) 34.

³⁵ Треба међутим истаћи и да они који заступају став о тужби у материјалном смислу свесно чине ограду од овог проблема, па истичу да настанком ове тужбе настаје могућност да се неко „основано (нагл. М. К.) обрати суду“ (тако Д. Николић, цит. у фн. 16, т. 364).

³⁶ Ако су у тужби наведене чињенице на основу којих тужени има право да држи ствар, онда се неће донети пресуда на основу пропуштања. С друге стране, да се ради о приговору, као што је приговор застарелости, онда би у аналогној ситуацији ипак била донета пресуда на основу пропуштања; приговор не подразумева само изношење чињеничних тврдњи, већ и изјаву воље његовог титулара у смислу да врши ово своје право. Тек тада наступа дејство приговора. За критику неизграђености појма приговора у цивилистици в. већ *Вуковић*, Опћи дио грађанског права II (1960) т. 963.

³⁷ Уз ограду да је ово далеко најчешћи случај, јер је могуће и да питање буде актуелно када се нпр. тражи само утврђење непостојања захтева (утврђујућа тужба).

је и чињенице које су спречиле настанак захтева, односно на основу којих је он престао (чл. 231 ст. 2 и 3 ЗПП). Правила о расподели ризика недоказаности се према томе везују за различите правнорелевантне чињенице захтева, али без тога да утичу на његово постојање. С друге стране, а то је изузетно важно овде истаћи, на основу општег правила о терету доказивања долази се до закључка да за успех у парници по кондеманторној тужби није потребно да се утврде све претпоставке које говоре у прилог постојању захтева у време пресуђења, већ само оне претпоставке за чије утврђење тужилац сноси терет доказивања, а то су чињенице на основу којих је захтев настао.³⁸ На тај начин, а посредством аналогне примене правила о терету доказивања на расподелу (објективног) терета тврдње, одређује се које су то минималне чињеничне претпоставке захтева које морају бити прво наведене, а потом и утврђене да би тужилац успео у спору, односно одређује се минимално чињенично стање (нем. *Mindesttatbestand*).³⁹ Управо се на такве претпоставке мисли када се одређује да у тужби морају да буду наведене чињенице на којима тужилац заснива тужбени захтев (чл. 192 ст. 1 ЗПП), а да је за успех тужиоца довољно да се утврде само те чињенице показују механизам контумационих пресуда (чл. 350, 351 ЗПП), односно издавања недокументованог платног налога (чл. 456 ст. 1 ЗПП).⁴⁰ Према томе, правила о расподели ризика недоказаности, иако не утичу на само постојање захтева, битно одређују механизам остварења захтева у судском поступку. У томе се састоји однос захтева и терета доказивања.

III. Недозвољеност имисија као претпоставка стварноправног захтева за престанак имисија

1. *Противправности узнемиравања власника као ирејитоставка својинској захтева*

Својина као субјективно право подразумева најширу правну власт на ствари, па у том смислу садржи овлашћења држања, употребе и отуђења ствари (чл. 3 ст. 1 Закона о основама својинскоправних односа⁴¹);

³⁸ Примера ради, у парници где се захтева исплата дуга да би се усвојио захтев неопходно је да се утврди настанак дуга и доспелост, а неисплаћеност дуга иако неспорно учиниче на постојање дуга не треба у ту сврху утврђивати. Сасвим је друга ситуација ако се изнесе тврдња о исплати, јер тада се и то мора утврдити. Ипак, овим се не дира ништа у речено опште правило.

³⁹ У том смислу в. *Prütting*, цит. у фн. 7, § 286 Rn 114.

⁴⁰ Утврдити чињенице значи утврдити их на процесноправно предвиђен начин, а то је за ове случајеве узимање навода тужбе за чињеничну подлогу пресуђења.

⁴¹ Сл. лист СФРЈ 6/80, 36/90; Сл. лист СРЈ 29/96; Сл. гласник РС 115/2005, у даљем тексту ЗОСО.

она је апсолутно право (*arg.* чл. 3 ст. 2 ЗОСО). Да би се омогућило функционисање својине као субјективног права у случају њене повреде, настају захтеви који имају за циљ отклањање повреде. Ради се о два захтева, а они се разликују према начину повреде права својине: тзв. реивиндикациони, који настаје онда када се ствар без правног основа налази код другог лица (чл. 37 ст. 1 ЗОСО), и негаторни, који настаје онда када се власник узнемирава у коришћењу ствари, а за такво узнемиравање не постоји правни основ (чл. 42 ст. 1 ЗОСО).⁴² Битан елемент оба захтева јесте повреда права својине. Она постоји, како је већ истакнуто, онда када је повређено једно од овлашћења из права својине и то тако што је засновано стање противправно.⁴³ Нагласак је на противправности стања, а не саме радње која је довела до таквог стања. Дакле, битно је да власник не може да врши сва овлашћења из права својине која има у *шом тире-нууџку*, што упућује на питање да ли власник уопште има пуно право својине, или постоје одређена ограничења (нпр. држалац је закупац ствари; лице које прелази преко земљишта власника има право службености пролаза).

Повреда овлашћења мирног и неограниченог коришћења ствари има за последицу настанак тзв. негаторног захтева. У акционоправном стилу он је у чл. 42 ст. 1 ЗОСО предвиђен на следећи начин: [а]ко треће лице неосновано узнемирава власника или претпостављеног власника на други начин а не одузимањем ствари, власник, односно претпостављени власник, може тужбом захтевати да то узнемиравање престане. За разлику од редакције реивиндикационог захтева, овде се изричито спомиње као претпоставка захтева и „неоснованост“ узнемиравања, што подразумева противправност заснованог стања радњом или пропуштањем трећег лица. У сваком случају, негаторни захтев, као и реивиндикациони, настаје само ако постоји наведена противправност. Као што је горе већ речено, понегде у литератури се при обради својинских захтева, па и негаторног, не спомиње ова претпоставка настанка захтева, већ се спомиње само као питање одбране туженог и терета доказивања;⁴⁴ уз то, готово неизоставно се целокупна обрада захтева сагледава из визуре парничног поступка у складу са схватањем тужбе у материјалном смислу.

⁴² Овде свесно остављамо по страни тзв. публицијански захтев (чл. 41 ЗОСО)

⁴³ Под заснованим стањем овде подразумевамо и узнемиравање права својине које се заиста не састоји у заснованом стању, већ у понављању радњи и опасности од понављања таквих радњи, јер и то има значај „стања“.

⁴⁴ *О. Сјанковић/Орлић*, *Стварно право*⁹ (1996), т. 423.

2. Својински захтев за престанак имисија: самостални својински захтев или израз негаторног захтева?

У члану 5 ст. 1 ЗОСО предвиђена је дужност власника непокретности да се при коришћењу непокретности уздржава од радњи и да отклања узроке који потичу од његове непокретности, којима се отежава коришћење других непокретности (преношење дима, непријатних мириса, топлоте, чађи, потреса, буке, отицања отпадних вода и сл.) преко мере која је уобичајена с обзиром на природу и намену непокретности и на месне прилике, или којима се проузрокује знатнија штета. Ова одредба се најпре одређује као израз ограничења права својине у контексту судских права, и то најважнијег вида.⁴⁵ Власник не може да врши овлашћење коришћења у пуном капацитету, јер је он дужан да не „ствара“ имисије преко дозвољене границе. Међутим, поставља се питање да ли ова норма има значај норме захтева у смислу да прописује посебан захтев, или се ради само о тзв. помоћној норми у смислу негаторног захтева из чл. 42 ст. 1 ЗОСО. Овде треба напоменути да то што сама редакција чл. 5 ст. 1 ЗОСО у смислу да се не спомиње право власника непокретности да захтева престанак имисија не треба да буде никакав аргумент за став да се не ради о норми захтеву.⁴⁶

У литератури се заузима готово јединствен став да повреда дужности из чл. 5 ст. 1 ЗОСО доводи до негаторног захтева, односно да недозвољене имисије имају значај узнемиравања власника као претпоставке настанка негаторног захтева.⁴⁷ Штавише, наглашава се да је то један од најчешћих

⁴⁵ О. Сџанковић/Орлић, цит. у фн. 44, т. 643; Ковачевић Кушићримовић/Лазих, Стварно право (2006) т. 222 и след.; Д. Сџојановић, Старно право⁹ (1998) 62; Бабић, цит. у фн. 33, марг. бр. 600 и след.; исто тако и у немачкој доктрини за § 906 BGB (Schwab, Sachenrecht²² [1989] § 25 II), као и у аустријској за § 362 ст. 2 ABGB (Koziol/Welser, цит. у фн. 23, 249 f).

⁴⁶ Норме које прописују захтеве не морају да буду редиговане тако да се изричито признаје неком лицу захтев или право да од другог нешто захтева, већ оне могу да буду предвиђене и као дужност неког лица према другом, па да понашање противно таквој дужности установљава захтев (Brox, цит. у фн. 23, Rn. 602).

⁴⁷ О. Сџанковић/Орлић, цит. у фн. 44, т. 419; Д. Сџојановић, цит. у фн. 45, 164; Ковачевић Кушићримовић/Лазих, цит. у фн. 45, т. 222; Пејрушић, Грађанскоправни инструменти еколошке заштите у домаћем праву, у Ковачевић Кушићримовић (ур.), Грађанска кодификација, Св. 2 (2003) 339 (345); Д. Појов, Недопуштене имисије и заштита животне средине, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду XLVI/4 (2012) 69 (73); М. Салма, Тужбе за отклањање суседских имисија, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду XLV/3 (2011) 335 (338). Исто и у немачкој доктрини поводом односа §§ 906 и 1004 BGB (Bassenge in Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch⁵⁹ [2000] § 906 Rn 21, § 1004 Rn 34). Што се тиче стања у Аустрији, познато је да ABGB уопште изричито не предвиђа негаторни захтев, али се он путем аналогije свакако признаје (Koziol/Welser, цит. у фн. 23, 308/309).

случајева негаторног захтева.⁴⁸ Овом ставу се треба приклонити, јер узнемиравање из чл. 42 ст. 1 ЗОСО свакако подразумева и немогућност да власник врши овлашћење употребе ствари у пуном капацитету, пошто га погађају имисије које потичу са других непокретности. За ову конструкцију је важније квалификовати норму чл. 5 ст. 1 ЗОСО као помоћну норму у односу на чл. 42 ст. 1 ЗОСО као норму негаторног захтева. Наиме, постављени стандарди у чл. 5 ст. 1 ЗОСО који одређују када је имисија недозвољена имају управо значај противправности као услова настанка негаторног захтева; они служе као мерило одређивања „неоснованости узнемиравања“ власника као претпоставке настанка овог захтева. У том смислу појам недозвољених имисија има функционални карактер у односу на негаторни захтев, и то је његова у практичном смислу једина улога.

3. Закључак за III.

Својински захтев за престанак имисија које потичу са друге непокретности представља негаторни захтев, што значи да он настаје ако се ради о недозвољеним имисијама као појавном облику противправног узнемиравања својине.

IV. Терет доказивања недозвољених имисија

1. Став лиџераџуре

У литератури се ретко изричито заузима став поводом питања терета доказивања чињеница које улазе у појам недозвољених имисија. Међутим, како је већ речено да се захтев за престанак имисија третира као негаторни захтев, при чему недопуштеност имисија одговара противправности узнемиравању власника, већина науке се ипак изјашњава и о овом питању. Дакле, из ставова о терету доказивања чињеница противправног узнемиравања власника могу се препознати ставови и у погледу питања терета доказивања недозвољених имисија. У том смислу су присутна два става.

По првом терет доказивања пада на имитента, јер он „мора да докаже да се ради о допуштеним имисијама“. Овај став је присутан како пре доношења ЗОСО⁴⁹, тако и након, и представља већинско схватање.⁵⁰ У основи

⁴⁸ Д. Сивојановић, цит. у фн. 45, 165.

⁴⁹ Д. Сивојановић, Грађанскоправна средства у борби против загађивања ваздуха и воде (1975) 75, 101.

⁵⁰ Визнер, Коментар Закона о основним власничкоправним односима (1980) 291; О. Сиванковић/Орлић, цит. у фн. 44, т. 423; Рашовић, Коментар Закона о основама својинскоправних односа (2007) 563, 564, 568; Ковачевић Кушић/Римовић/Лазућ, цит. у фн. 45, т. 416 *in fine*.

аргументација је у претпоставци неограничености права својине, у том смислу да је она слободна од било каквих ограничења, с обзиром да се ради о најширој правној власти на ствари; сва ограничења, па у овом контексту и дужност трпљења имисија, мора да докаже имитент.⁵¹ Битно је да се истакне да у процесноправном смислу ово схватање формулише тему доказивања позитивно, јер треба да се утврди да постоје чињенице на основу којих имитент има право на имисије.

По другом мишљењу, терет доказивања пада на имаоца захтева (тужиоца), па он треба да докаже да имитент нема право на такве имисије.⁵² Тако схватамо и *Пејрушић*, када истиче да је посебно отежавајућа околност да тужилац у парници у којој захтева заштиту од имисија на основу чл. 42 ЗОСО управо сноси терет доказивања свих релевантних чињеница – да је власник, да се имисија догодила и да је недопуштена, тј. да је прекомерна или да проузрокјује штету, те када предлаже *de lege ferenda* да се изричито предвиди да је терет доказивања на емитенту.⁵³ Обрнуто од већинског схватања, овде се доказна тема поставља негативно у смислу да треба утврдити непостојање чињеница на основу којих постоји право имитента. Уз то, разлика у односу на већинско схватање је и та да се не даје никаква аргументација.

2. Критика либералне и постављање проблема

За оба изложена схватања може се упутити иста критика, а то је да се проблем расподеле терета доказивања решава изоловано од матице дискусија о општем правилу расподеле ризика недоказаности, а то је код нас као и у упоредном праву наука процесног права. Уз то, што је и много важније, занемарује се од 2004. г. изричито законско правило о расподели ризика недоказаности (чл. 231 ст. 2 и 3 ЗПП). Ова критика се међутим уклапа у шири контекст, а то је да се у науци грађанског права и општа расподела ризика недоказаности разматра изоловано од успостављене доктрине у процесном праву. У том смислу опште је место да у парничном поступку

⁵¹ *О. Станковић/Орлић*, цит. у фн. 44, т. 423; *Раишевић*, цит. у фн. 50, 563, 564, 568; *Ковачевић Кушић/Римовић/Лазевић*, цит. у фн. 50, т. 416 *in fine*. Ово схватање присутно је и у аустријској теорији (в. *Gschnitzer*, *Sachenrecht* [1968] 129: „претпоставка слободе својине“), док се у пракси ревизијског суда (*OGH*) исти резултат данас правда само позивањем на устаљену праксу (8 Ob 128/09w *Juristische Blätter* 2011, 234 [242] = *SZ* 2010/112: позивање на сентенцу *RS0010474* која сеже све до 1937. г.).

⁵² *Бабић*, цит. у фн. 33, марг. бр. 656 за противправност узнемиравања уопште.

⁵³ Цит. у фн. 47, 348, 360. Овде се аутор позива на исти такав предлог *Д. Стојановића* још из 70тих година 20. века. Ипак, сам *Стојановић* се већ пре таквог предлога изјаснио да терет доказивања допуштености имисија пада на имитента (в. фн. 49).

терет доказивања сноси она странка која нешто тврди.⁵⁴ Међутим, овакво формулисано правило је вишезначно, а највише подсећа на напуштено правило да само онај који нешто тврди у позитивном смислу има терет доказивања, а не онај који тврди да нешто не постоји, односно краће да се негативне чињенице не доказују и да се следствено томе не може сносити терет доказивања за негативне чињенице.⁵⁵ Да се негативне чињенице доказују и да странка може на крају сносити терет доказивања и за њих, показују примери где је једна негативна чињеница претпоставка настанка захтева и за коју ризик недоказаности сноси ималац захтева (тужилац).⁵⁶ То је и у складу са успостављеном доктрином о расподели ризика недоказаности и законског правила, а сасвим је друго питање како се ове чињенице доказују.⁵⁷ Такође, није неуобичајено да обе странке у погледу једног стварног догађаја износе своје верзије, дакле у оба случаја износе позитивне чињенице. Међутим, у процесноправном смислу, само један од тих навода је тврдња, а други је оспоравање,⁵⁸ а терет доказивања ће по правилу имати она странка чији се навод сматра тврдњом. Према томе, правило по којем „ко тврди треба и да докаже“, не говори још ништа.

Изложена критика упућује на поставку проблема. Одговор на питање ко сноси ризик недоказаности чињеница у погледу недозвољености имисија може бити решено само спрам општег правила о расподели ризика недоказаности из ЗПП, с обзиром да не постоје посебна правила о расподели за негативни захтев.

3. Сојсџвено мишљење

А. Реконструкција њизв. теорије норме из ЗПП као њолазна џачка

Опште правило о дистрибуцији ризика недоказаности из ЗПП представља резултат тзв. теорије норме коју је заокружио и темељно фундаирао *Лео Розенберт* (*Leo Rosenberg*), али која је данас модификована и као таква

⁵⁴ *Гамс/Буровић*, цит. у фн. 16 т. 520; *Д. Николић*, цит. у фн. 16, т. 721; *Ковачевић Кушић-римиовић/Лазуић*, цит. у фн. 16, 390.

⁵⁵ За напуштање овог схватања в. већ *Ђођевић*, Теорија Грађанског судског поступка П² (1923) т. 461, 469.

⁵⁶ Нпр. захтеви који настају на основу тога што је једно лице повредило једну своју дужност чињења (*Познић*, цит. у фн. 8, 559 са даљим конкретним примерима). Тако у резултату и *ВКС* за захтев за накнаду штете против државе због неправилног рада државних органа: на тужиоцу је терет тврдње и ризик недоказаности чињеница које граде стандард неправилног рада (Рев 1537/10 Гласник АКВ 3-4/2013, 195 [196]).

⁵⁷ Уп. *Познић*, цит. у фн. 8, 559; *Rechberger/Simotta*, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrecht⁷ (2009) Rz 761.

⁵⁸ За комплексност разграничења појмова тврдње и оспоравања, а због важења расправног начела у парничном поступку, уп. исцрпно *Musiak*, цит. у фн. 29, 52 ff.

је владајућа у Немачкој, Аустрији и Швајцарској.⁵⁹ У окружењу у којем је настала и у којој се примењује она важи као „прећутно законско правило“, с обзиром да оно није уопште изричито регулисано.⁶⁰ Сумарно теорија нормe подразумева да свака странка сноси ризик недоказаности за чињенице које јој иду у прилог, односно да сноси ризик недоказаности чињеничних претпоставки нормe која јој иде у прилог.⁶¹ Међутим, ово је упрошћена формула, јер он не каже која је норма (или њен елемент!) повољна за једну странку и зашто.⁶² Даља разрада доводи до конкретног општег правила, које је и усвојено код нас: странка која се позива на постојање права сноси ризик недоказаности чињеница на основу којих је право настало, а странка која негира постојање права сноси ризик недоказаности чињеница које су спречиле настанак права или које су довеле до престанка.⁶³ Дакле, ризик недоказаности се везује за различите правнорелевантне чињенице. Прихватајући *Узелчеву* терминологију, ради се о конститутивним (оне на основу којих је право настало; нем. *rechtsbergründende Tatsachen*), импедитивним (оне које су спречиле настанак права; нем. *rechtshindernde Tatsachen*) и екстинтивним чињеницама (оне на основу којих је право престало да постоји; нем. *rechtsvernichtende Tatsachen*).⁶⁴

Расподела ризика недоказаности спрам наведених чињеница, дакле, сама теорија нормe, код нас до данас није изазвала посебну пажњу, иако је она присутна и пре доношења ЗПП 04. Она је сматрана као прећутно законско правило, стим да даље није разрађивана до крајњих граница.⁶⁵ То се може сматрати за разумљиво с обзиром на тадашње стање у погледу терета доказивања уопште. Напори науке били су усмерени ка обрани тезе да уопште може доћи до примене правила о терету дока-

⁵⁹ *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, цит. у фн. 10, § 115 Rn. 1 ff; *Rechberger in Rechberger* (Hrsg.), *Kommentar zur ZPO*³ (2006) vor § 266 Rz 11; *Leuenberger/Uffer-Tobler*, *Schweizerisches Zivilprozessrecht* (2010) N 9.13.

⁶⁰ Изузетак је у Швајцарској, где постоји изричито законско опште правило („Тамо где закон ништа друго не одређује, постојање чињенице која је изнета има да докаже онај који из ње изводи право“ [Art. 8 ZGB]), али које је протумачено и дограђено управо спрам критеријума теорије нормe; то показује јасно одређивање садржаја ове одредбе у смислу теорије нормe (уп. *Leuenberger/Uffer-Tobler*, цит. у фн. 59, N 9.13).

⁶¹ *Rosenberg*, цит. у фн. 8, 98/99.

⁶² *Jauernig*, цит. у фн. 10, § 50 IV 1; уп. *Rosenberg*, цит. у фн. 8, 99.

⁶³ В. фн. 59.

⁶⁴ Ову терминологију *Узелац* преузима спрам италијанске терминологије (цит. у фн. 7, 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.

⁶⁵ Уп. *Познић*, *Грађанско процесно право*¹³ (1993) т. 442, који с позивом на *Розенберга* излаже опште правило расподеле у смислу теорије нормe.

зивања, тј. да је *non liquet* могућ у парничном поступку, што је било негирано од судске праксе.⁶⁶ Међутим, након ЗПП 2004 када је то изричито законско правило, пажњу не изазива разликовање наведених чињеница, иако је то од пресудног значаја за пресуђење на основу терета доказивања.⁶⁷ Чини се тако да је рецепиран готов производ, али без упутства за употребу.⁶⁸

Кључ решавања проблема дистрибуције ризика недоказаности је у разликовању конститутивних, импедитивних и екстинтивних чињеница. Према *Розенберџу* само материјално право у супстанцијалном смислу даје основ за њихово 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 *Розенберџу* 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“, „изузев“, или у форми посебне реченице која следује, која наводи једну (или више) чињеница при чијем постојању право не настаје.^{69 70} У том смислу се до одговора на питање до-

⁶⁶ Судска пракса с позивом на „дужност суда да утврди истину“ тада искључује могућност да једна чињеница остане недоказана (*ВСМ*, цит. код *Познића* цит. у фн. 8, 583; *ВСВ* Рев 84/90 Гласник АКВ 7-8/1990, 54 = СП 6/90-95; Гж 864/69 Билтен ВСС 17 (1970) 27 = Гласник АКВ 2/1970, 25). За приказ ставова тадашње литературе в. *Узелац*, цит. у фн. 7, 274 и след.; *Цини*, Систематика учења о терету доказивања у југославенској науци грађанског процесног права, Зборник радова Правног факултета у Загребу 40 (1990) 289 (293 и след.).

⁶⁷ У коментарима садашњег ЗПП за објашњење конститутивних, импедитивних и екстинтивних чињеница (чл. 231 ст. 2 и 3) нуди се само репродукција саме одредбе (уп. *Петрушић/Симоновић*, Коментар Закона о парничном поступку [2011] 492; *Козар*, Коментар Закона о парничном поступку [2011] 312); супротно у убвеницима се дају одређене смернице за наведену дистикцију (уп. *Познић/Ракић-Водинелић*, цит. у фн. 10, т. 470 и след., 557 и след.; *Јакић*, цит. у фн. 12, т. 2435 и след.)

⁶⁸ Заслугу за законско рецепирање теорије норме треба приписати *Познићу*, који 1996. г. у свом програмском раду изричито предлаже усвајање теорије норме (Да ли је потребна реформа југословенског парничног законодавства, Правни живот 1-2/1996, 67 [76]).

⁶⁹ *Rosenberg*, цит. у фн. 8, 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

лази тумачењем материјалноправне норме.⁷¹ Уз то, осим што разликовање конститутивних и импедитивних чињеница има значај за дистрибуцију ризика недоказаности, оне имају и различита материјалноправна дејства.⁷²

Ставови *Розенберга* су временом ревидирани, што је довело до успостављања тзв. модификоване теорије норме. Што се тиче овог рада, 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 су испуњене све претпоставке норме, било позитивне било негативне.⁷³ Другим речима, то су све конститутивне чињенице, јер од њих зависи настанак права. Као пример може да послужи управо проблем овог рада: спрам настанка захтева за престанак имисија небитно је да ли је недозвољеност имисија конститутивна чињеница, или је дозвољеност имисија импедитивна, јер у сваком случају захтев настаје ако су имисије недозвољене, а не настаје ако нису. Ове чињенице имају само значај за дистрибуцију ризика недоказаности, али управо због тога што оне немају различито материјалноправно дејство, посредством општег правила долази до бескорисне формуле: „онај који оспорава постојање права сноси терет доказивања чињеница на основу којих право настаје, а за које он сноси терет доказивања.“⁷⁴ Међутим, модификована теорије 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 недоказаност сноси онај који оспорава постојање права; које су то

се правда потребом да норме буду што јасније формулисане, али и расподелом терета доказивања (*Larenz, Methodentlehre der Rechtswissenschaft*⁴ [1979] 242 f).

⁷⁰ Дobar пример за то је код нас право становања (*habitatio*) из чл. 194 Породичног законика, где се у ст. 1 прво одређује да „[д]ете и родитељ који врши родитељско право имају право становања на стану чији је власник други родитељ детета ако дете и родитељ који врши родитељско право немају право својине на усељивом стану.“, да би се потом у ст. 3 одредило да „[н]емају право становања дете и родитељ ако би прихватање њиховог захтева за право становања представљало очигледну неправду за другог родитеља“. Постојање очигледне неправде је импедитивна чињеница, јер према конструкцији норме има значај изузетка, па у парници ради успостављања овог права тужени сноси ризик недоказаности чињеница у погледу правног стандарда очигледне неправде. Тако и судска пракса у резултату, с обзиром да не спомиње поделу чињеница на конститутивне и импедитивне, тј. законско одредбе (АС у Нишу Гж 41/11 Билтен АС у Нишу 2/2011, 27).

⁷¹ *Rosenberg*, цит. у фн. 8, 130. Ову мисао следи и *Познић*, цит у фн. 8, 567.

⁷² *Rosenberg* цит. у фн. 8, 132 ff.

⁷³ *Leipold*, цит. у фн. 5, 38 ff са даљим упућивањима.

⁷⁴ *Leipold*, цит. у фн. 5, 42, са упућивањима у фн. 23 која означавају саму теорију норме као *petitio principii*, као самозаваравање, или као циркуларно закључивање.

конкретне чињенице може бити или изричито речено, или прећутно у форми језичке конструкције нормe.⁷⁵ Дакле, преузима се критеријум разликовања у односу на конститутивне чињенице, а то је однос правило-изузетак, али са модификовањем *Розенбертовој* 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.⁷⁶ 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.⁷⁷ Могући стварни разлози су бројни.⁷⁸ 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 ризик недоказаности, што је пример са *BGB*.⁷⁹ Проблем настаје у спорним ситуацијама, које могу настати као код сваког језичког тумачења,⁸⁰ а нарочит случај који се мора истаћи је када законодавац није свестан да управо на тај начин утиче на расподелу ризика недоказаности.

У сваком случају, баш као и класична теорија, и модификована теорија нормe искључује заузимање става поводом квалификације чињенице само за конкретан случај, и то с позивом на евентуално правичност, конкретну вероватност и сл.⁸¹

Б. Класификација недозвољених имисија у смислу тереја доказивања

Недозвољеност имисија као претпоставка настанка негативног захтева свакако спада у категорију или конститутивних, или импедитивних чињеница; она мора да постоји да би захтев настао, а ако не постоји, захтев не настаје. Према томе, одговор на питање ко сноси терет доказивања недозвољености имисија зависи примарно од тога да ли се ради о једној или другој врсти чињеница, а то значи да је од значаја употреба критеријума конструкције нормe.

Редакција чл. 42 ст. 1 ЗОСО као нормe негативног захтева говори у прилог томе да се ради о конститутивној чињеници. У конструкцији реченице нема препознатљивих граматичких формулација које би указивале да се ради о импедитивној чињеници, што би био случај да се одредба фор-

⁷⁵ *Leipold*, in Stein/Jonas, Kommentar zur Zivilprozessordnung, Bd. 4²² (2008) § 286 Rn. 65.

⁷⁶ В. *Узелац*, цит. у фн. 7, 181 и след. са даљим упућивањима.

⁷⁷ Уп. *Prütting*, цит. у фн. 7, § 286 Rn. 117.

⁷⁸ В. *Prütting*, цит. у фн. 7, § 286 Rn. 116 ff.

⁷⁹ *Leipold* in Stein/Jonas, цит. у фн. 75, § 286 Rn 84 f.

⁸⁰ *Prütting*, цит. у фн. 7, § 286 Rn 115.

⁸¹ В. *Prütting*, цит. у фн.7, § 286 Rn 120 ff.

мулисала на следећи начин: ако треће лице узнемирава власника или претпостављеног власника на други начин а не одузимањем ствари, власник, односно претпостављени власник, може тужбом захтевати да то узнемиравање престане, *осим ако је узнемиравање основано*.⁸² У постојећој редакцији негација (непостојање чињеница на основу којих је узнемиравање основано) је граматички формулисана тако да не условљава/искључује наступање правне последице (настанак захтева) у препознатљивој форми изузетка, што упућује према примарном критеријуму теорији норме на закључак да се ради о конститутивној негативној чињеници.⁸³ У том смислу, тужилац сноси ризик недоказаности недозвољених имисија.

Горњи резултат се међутим не може без резерви прихватити, и то спрам модификоване теорије норме. Питање је да ли је законодавац при формулисању чл. 42 ст. 1 ЗОСО био свестан да тиме врши и расподелу ризика недоказаности. Сумњу изазива однос оваквог резултата са расподелом ризика недоказаности исте претпоставке реивиндикационог захтева. Напред је већ речено да је противправност стања у односу на овлашћење из права својине заједничка претпоставка и за реивиндикациони захтев, и за негаторни. Код реивиндикационог захтева се он манифестује као противправност државине држаоца. Према јединственом ставу ради се о импедитивној чињеници.⁸⁴ Такав закључак се може оправдати спрам начина регулисања овог захтева: изричито се прописује да на власника пада ризик недоказаности чињеница на основу којих је он постао власник и чињенице држања ствари код противника захтева, док се уопште не спомиње питање притивправности држања. Стога се може *a contrario* закључити да за ту претпоставку ризик недоказаности сноси држалац. Исто тако, а то је одлучан аргумент, овај закључак се може оправдати општом поставком расподеле ризика недоказаности искључења противправности неког стања, које би иначе довело до настанка права.⁸⁵ У том смислу нпр. на штетника пада терет доказивања да постоји неки основ искључења противправности (нпр. нужна одбрана), на основу

⁸² Таква је ситуација у Немачкој (*BGB*), с обзиром да након дефиниције негаторног захтева (§ 1004 ст. 1) следи посебна одредба која га искључује онда када узнемиравање није противправно (§ 1004 ст. 2). На основу тога је спрам теорије норме неспорно да се ради о импедитивној чињеници (в. *M. Wolf*, *Sachenrecht*²² [2006] Rn. 33; *Bassenge* in *Palandt*, цит. у фн. 47, § 1004 Rn. 31; изричито у погледу дозвољености имисија стандардна пракса ревиџског суда [*BGH*]: V ZR 217/03 *Neue Juristische Wochenschrift* 2004, 1317; *BGHZ* 153, 33; *BGHZ* 120, 139).

⁸³ За класификацију чињенице у таквој граматичкој ситуацији као конститутивне *Leipold*, цит. у фн. 5, 56.

⁸⁴ Тужени сноси терет доказивања: *О. Сџанковић/Орлић*, цит. у фн. 44, т. 401; *Визнер*, цит. у фн. 50, 264/265; *Ковачевић Кушићримовић/Лазих*, цит. у фн. 45, т. 400; *Бабић*, цит. у фн. 33, марг. бр. 647.

⁸⁵ Уп. *Leipold* in *Stein/Jonas*, цит. у фн. 75, § 286 Rn 92.

којег није ни настао захтев за накнаду штете. Забрана повређивања својине постоји (чл. 3 ст. 2 ЗОСО), и њу треба посматрати у овом контексту као општу забрану предузимања било којих радњи које доводе до стања којима се узнемирава власник у вршењу својих овлашћења. На основу тога, правило је да сваком таквом радњом настаје својински захтев; он би био признат чак и да нема посебних одредаба о њему. Супротно, изузетак је постојање разлога за искључење противправности узнемиравања. У том смислу је и изостанак противправности узнемиравања за оба својинска захтева импедитивна чињеница – она спречава настанак својинског захтева.

Ако се ово има у виду, онда недостају стварни разлози за другачије третирање противправности код негаторног захтева. Разликовање ова два захтева је само у томе што се они односе на повреде различитих овлашћења власника. Квалитативна разлика између повреда не постоји у смислу да би депосирање власника било значајније од узнемиравања, па да би ризик недоказаности противправности повреда био различит. Одатле произилази да спрам доктрине модификоване теорије норме у обзир долазе корективни механизми у односу на резултат који се добија простим граматичким сагледавањем норме, и то управо аналогија са позицијом власника код реивиндикационог захтева, где је најзначајнији моменат стварни разлог за такву дистрибуцију аргумент да се ради о разлогу искључења противправности. У резултату то значи да у парници где се захтева престанак имисија, а где је материјалноправна подлога негаторни захтев, тужени сноси ризик недоказаности чињеница на основу којих су имисије дозвољене.

V. Закључак

Понуђено решење питања ризика недоказаности недозвољености имисија у спору где је подлога за пресуђење негаторни захтев поклапа се са већинским схватањем литературе која се бави стварним правом. Међутим, како је показано, пут до понуђеног решења је другачији. Стварноправни захтев за престанак имисија које долазе са друге непокретности представља појавни облик тзв. негаторног захтева; имисије које погађају власника непокретности имају значај узнемиравања власника. Претпоставка настанка негаторног захтева је противправност узнемиравања власника, што у случају имисија значи да имисије треба да буду недозвољене – треба да прелазе границе предвиђене стандардима у чл. 5 ст. 1 ЗОСО. У сваком случају, овај захтев настаје онда када су испуњене све претпоставке које закон предвиђа, независно од покретања поступка ради његовог судског остварења, или његове доказаности у самом поступку. Расподела ризика недоказаности појединих претпоставки захтева не утиче на његово постојање. Захтев је грађанско субјективно право и као такво је ванпроцесна категорија. Терет доказивања

је, супротно, искључиво процесна категорија у смислу да он постоје актуелан тек када дође до парничног поступка. Објективни терет доказивања – ризик недоказаности – служи превазилажењу *non liquet* ситуације у парничном поступку. Најважнији сегмент овог вишеслојног појма је расподела ризика недоказаности. Опште правило расподеле код нас је прописано у ЗПП на тај начин што је прихваћена теорија норме, и то по нашем мишљењу модификована теорија норме. У контексту захтева, онај ко тврди да има захтев сноси ризик недоказаности за конститутивне чињенице захтева, док противник захтева сноси ризик за импедитивне и екстинтивне чињенице захтева. Централно питање ове теорије је критеријум разликовање конститутивних и импедитивних чињеница захтева. Разликовање се не може извршити према материјалноправном дејству таквих чињеница; оне се разликују само према различитој дистрибуцији ризика недоказаности – и од импедитивних чињеница зависи настанак захтева, али за њих ризик недоказаности сноси противник захтева. Примарни критеријум за квалификацију једне чињенице као импедитивне је редакција норми које прописују захтев. У спорним ситуацијама могући су и корективни механизми. У погледу конкретног питања – сношење ризика недоказаности чињеница недозвољености имисија – нужност корективног механизма се показује као оправдана. Квалификација ове претпоставке негаторног захтева као конститутивне чињенице, што је резултат примарног критеријума, неодржива је са ширег аспекта заштите права својине. Због тога је неопходно да се као корективни механизам примени аналогија са решењем које постоји за други својински захтев – реивиндикациони. Према томе, ризик недоказаности чињеница од којих зависи оцена да ли су имисије дозвољене или не сноси противник захтева. Шире, уопште за негаторни захтев, ризик недоказаности чињеница од којих зависи противправност узнемиравања права својине сноси противник захтева.

На више места је у раду потенцирано на раздвојености материјалног и процесног права. На томе треба инсистирати, јер се ради о гранама права које уређују различите односе и имају своју самосталност. Међутим, исто тако треба инсистирати на свеобухватном погледу на јединствени феномен грађанскоправне заштите, у коме главну улогу игра судска заштита. У том смислу процесно право и сам грађански поступак заиста имају инструменталну улогу, али исто тако они сами утичу и на материјално право и одређене категорије, као што је управо ризик недоказаности који стоји негде на средини. Неутичући на постојање субјективних права, расподела ризика недоказаности кроз расподелу терета тврдње значајно опредељује остварење субјективних права у судском поступку. То подразумева да се развије учење о подели правнорелевантних чињеница на конститутивне и импедитивне, с обзиром да она игра значајну улогу у парничном поступку, али уз ограду да је она, чисто материјалноправно, ирелевантна.

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

Burden of Proof for the Illegal Immissions as Prerequisite of In Rem Removal Claim

***Abstract:** The paper examines the question of the burden of proof for the facts that imply illegal immission as prerequisite of in rem removal claim. The approach is different to the standard doctrine and it is in according to the general rule of the burden of proof in litigation – so called modified norm theory. In the centre of the attention is distinction of so called constitutive and impeditive facts, and criteria for distinction. The implementation of modified norm theory regarding issue of this paper shows that primal distinguishing point is not suitable, so the other modification methods should be applied, in order to get the answer.*

***Key words:** burden of proof, claim, in rem removal claim, immissions*