

Др Ранко Кеча, редовни професор
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду

О ТЕРЕТУ ДОКАЗИВАЊА У ПАРНИЧНОМ ПОСТУПКУ*

Сажетак: У раду се размајрају питања која се односе на ошће оквира примене правила о терету доказивања у српском парничном поступку. Правило о терету доказивања има корене у нормативним решењима која су формулисана почетком деведесетих година прошлог века да би важећем парничном законодавству добила попунији израз обухватајући расподелу терета доказивања између парничних странака. Све до доношења Закона о парничном поступку од 2004. године правила о терету доказивања није имала већи процесни значај јер су судови избежавали њихову примену којом се посредно признавала њихова неспособност да у поступку утврде "материјалну" истину. По доношењу Закона о парничном поступку од 2004. године све присутније парничницира идеја да терет утврђивања чињеничне основе судске одлуке треба у попуној мери пренети на парничне странке укључујући и доношење ризика за случај ако та активност странака остане без резултата јер суд није у стању да формира став (уверење) о постојању чињеница које су предмет доказивања у поступку. Овом приступу је потодовала околност да је, уредом са једним попунијим формулисањем терета доказивања, у српском парничном законодавству дошло је до промене концепције расправног начела. Изостављене су и одредбе о дужности суда да у поступку утврде "материјалну" истину. Овим се питање терета доказивања пренето на један шири, ошћеји план који се иче улоге суда у утврђивању чињеничне праће. Поред наведеног размајрају се и питања која се односе на одређивање прања у којима постоји могућност примене правила о терету доказивања.

Кључне речи: парнични поступак, терет доказивања, расправно начело, начело материјалне истине, доказивање, оцена доказа, доношење одлуке.

* Рад је посвећен пројекту Теоретски и практични проблеми стварања и примене права (ЕУ и Србија) чији је носилац Правни факултет Универзитета у Новом Саду.

I

Закон о парничном поступку од 1956. године¹ и изворна редакција ЗПП од 1977. године² нису имали одредбе којима којим би се прописивала примена правила о терету доказивања за случај у којем суд на основу изведених доказа (и њихове оцене) не може са сигурношћу да утврди неку чињеницу. Могућност да се чињенична подлога судске одлуке (пресуде) одреди применом правила о терету доказивања уведена је 1990. године Новелом Закона о парничном поступку од 1976. године.³ Од доношења ЗПП 57 па до споменуте Новеле од 1990. године парнично законодавство није рачунало на могућност да спроведено доказивање може остати без резултата и да упркос њему суд није у стању да формира недвосмислен, позитиван или негативан, став о постојању чињеница које су биле предмет доказивања. Сматрало се да, истражна овлашћења суда у погледу извођења доказа који нису предложени од стране парничних странака, систем материјалног управљања парничним поступком, омогућавају суду заузимање јасног става (уверења) о постојању чињеница које су биле предмет доказивања. На датој премиси формулисана је, у виду основног начела обавеза суда, „да потпуно и истинито утврди спорне чињенице од којих зависи основаност тужбеног захтева“.⁴ Сходно начелу материјалне истине, како се оно разумевало у време важења цитираних одредаба, чињенично стање није могло остати неразјашњено, а ако се то десило одговорност је била на суду. Применити правило о терету доказивања у датим процесним условима је значило признати сопствену грешку – неспособност да се потпуно и истинито утврде спорне чињенице. Из наведеног разлога судови су се веома ретко одлучивали да се у својим пресудама позивају на примену ових правила. И када би то чинили нису уживали подршку највиших судских инстанци савезног или републичког нивоа које су имале негативан став у погледу могућности да чињенична основа пресуде буде утврђена применом правила о терету доказивања.^{5, 6} У недостатку одговарајуће законске регулативе и

¹ У даљем тексту ЗПП 57, Сл. лист ФНРЈ, бр. 4/57, 52/61, Службени лист СФРЈ, бр. 12/65, 1/71, 23/72 и 6/74.

² У даљем тексту ЗПП 77, Сл. лист СФРЈ, бр. 4/1977, 36/1980, 69/1982, 58/1984, 74/1987, 57/1989, 20/1990, Сл. лист СРЈ, бр. 27/1990, 35/1991, 27/1992, 31/1993, 24/1994, 12/1998, 15/1998, 3/2002.

³ Члан 221а ЗПП 76, Сл. лист СФРЈ, бр. 27/1990.

⁴ Члан 6 став 1 ЗПП 57, члан 7 став 1 ЗПП 77.

⁵ Б. Познић, Коментар Закона о парничном поступку, Београд 2009, 583.

⁶ *Савезни суд* Гзс 41/77 од 23. VI 1977, ЗСО III/1-1978-72; *Врховни суд Војводине* Гж 864/69, Гласник Адвокатске коморе Војводине 2/1970, стр. 25; Рев 84/90 од 7. II 1990, Гласник Адвокатске коморе Војводине 7-8/1990, 51.

судске праксе која није подржавала ову могућност ни у правној теорији није постојао посебан интерес за бављењем овом проблематиком.⁷

Од споменуте Новеле па све до доношења Закона о парничном поступку од 2004. године,⁸ правило о терету доказивања било је одређено у свом најосновнијем значењу као овлашћење суда да о постојању одређених чињеница закључује применом овог правила.⁹ Ни увођење правила о терету доказивања од деведесетих година прошлог века принципијелно није мењало затечено стање јер је и даље задржано решење којим се од суда захтева да потпуно и истинито утврди спорне чињенице.¹⁰ Овим се и даље проблематизовала шира примена правила о терету доказивања јер се сматрало да начело материјалне истине осујећује пуну примену одредаба о терету доказивања. Губило се из вида да, у процесним системима у којима начело материјалне истине има посебан значај у поступку, постојање овог начела није престављало сметњу за примену правила о терету доказивања као што је то у државама германског правног круга. У избору између тога да судија симулира како је „убеђен“ у постојање одређених чињеница или да призна и образложи, да на основу изведених доказа, није у стању да формира то убеђење са разлогом се прихвата та друга могућност. И 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.

Доношењем ЗПП 04 правило о терету доказивања добија потпунији израз који је у дословном садржају задржан и у важећем Закону о парничном поступку.¹¹ Из раније важећег законодавства је преузета општа одредба којом се суд овлашћује да о постојању одређене чињенице закључује променом правила о терету доказивања.¹² Од доношења ЗПП 04 правило о терету доказивања добија потпунији израз који је у потпуности предузет у важећем парничном законодавству. Унете су одредбе о расподели терета

⁷ Више: *А. Узелац*, Терет доказивања, докторска дисертација, Загреб 1998, 5, 274-280.

⁸ У даљем тексту ЗПП 04, Сл. гласник РС, бр. 125/2004, 111/2008.

⁹ „Ако суд на основу изведених доказа (члан 8) не може са сигурношћу да утврди неку чињеницу о постојању чињенице закључиће применом правила о терету доказивања“, члан 221а ЗПП 77.

¹⁰ Члан 7 став 1 ЗПП 77.

¹¹ У даљем тексту ЗПП, члан 321 ЗПП, Сл. гласник РС, бр. 72/2011, Одл. УС I Уз 51/2012, Сл. гласник РС, бр. 49/2013, Одл. УС I Уз 147/2012, Сл. гласник РС, бр. 74/2013.

¹² Члан 221а ЗПП 77, члан 223 став 1 ЗПП 04, члан 231 став 1 ЗПП.

доказивања. Према наведеним одредбама: „странка која тврди да има неко право, сноси терет доказивања чињенице која је битна за настанак или остваривање права“,¹³ а „странка која оспорава постојање неког права, сноси терет доказивања чињенице која је спречила настанак или остваривање права или услед које је право престало да постоји“.¹⁴ У оба случаја прописује се да се законом може одредити другачија расподела терета доказивања. Од доношења ЗПП 04 парнична регулатива више не спомиње начело материјалне истине што је на одређени начин, посебно у судској пракси, резултирало другачијим односом према правилима о терету доказивања често уз занемаривање неких других квалитета правне заштите.

II

Поставља се питање домена примене правила о терету доказивања. По начелу слободне оцене доказа суд о постојању, „доказаности“ одређених чињеница одлучује по свом уверењу „на основу савесне и брижљиве оцене сваког доказа засебно, свих доказа као целине и на основу резултата целокупног поступка“.¹⁵ Примена правила о терету доказивања долазе до изражаја једино под условом ако оценом доказа суд није у стању да формира то уверење - ако није у стању да са сигурношћу утврди (постојање) чињенице која је била предмет доказивања и оцене доказа. Овим су истовремено одређени општи оквири могуће примене правила о терету доказивања. Тамо где се од суда не очекује да са "сигурношћу" утврди постојање одређене чињенице, где се о њеном постојању закључује до нивоа вероватности јер претежу разлози који потврђују њено постојање примена, правила о терету доказивања губи смисао. Од суда се не очекује да са сигурношћу утврди постојање ових чињеница. У питању су чињенице од којих зависи примена процесних одредаба. Ако се примена ових одредаба условљава захтевом да суд буде уверен, сигуран у постојање одговарајућих чињеница не може се искључити примена правила о терету доказивања.¹⁶

Друго, примена правила о терету доказивања се ограничава само на оне чињенице које су представљале предмет доказивања и оцене доказа - „ако суд на основу изведених доказа не може са сигурношћу да утврди неку чињеницу“. У питању су чињенице од мериторног значаја од којих за-

¹³ Члан 223 став 2 ЗПП 04, 231 став 2 ЗПП.

¹⁴ Члан 223 став 3 ЗПП 04, 231 став 3 ЗПП.

¹⁵ Члан 8 ЗПП.

¹⁶ *H. Fasching*, Lehrbuch des österreichischen Zivilprozeßrechts, 2. Auflage, Wien 1990, 463.

виси доношење одлуке о спору а које су биле предмет доказивања. У наведеном смислу суд не би могао одбити све доказне предлоге парничних странака, а затим, без извођења доказа, одлучити о спору. Тек ако парнични суд на основу спроведеног доказивања, ни у позитивном ни у негативном смислу, није у стању да са сигурношћу утврди чињеницу која је била предмет доказивања одлуку може засновати позивањем на одредбе о терету доказивања. Не може одбити да одлучује о спору због тога што је чињенично стање остало неразјашњено *non liquet*. И у овом случају мора одлучити о спору. Процесни основ за овај вид одлучивања садржан је у цитираној одредби ЗПП.¹⁷ Начело законитости битно одређује садржај правне заштите у парничном поступку. Суд је дужан руковођен својом правном квалификацијом спора утврдити да ли постоје чињенице које су на један најопштији начин одређене нормом материјалног права за коју сматра да је меродавна за одлучивање о спору. Доказивањем утврђује да ли у конкретном случају те чињенице постоје. Ако постоје, усваја захтев заснован на тим чињеничним тврдњама. У супротном га одбија. Схема је дата у најједноставнијем садржају који у у конкретној парници може имати знатно сложеније изразе. У моменту доношења одлуке (пресуде) суд мора располагати потребном чињеничном грађом. До те подлоге може доћи на различите начине. Може је формирати на основу чињеничног стања које није било предмет доказивања јер су у питању општепознате чињенице, чињенице које је странка признала у поступку, неспорних чињеница или чињеница које су суду познате у вршењу његове функције. У споменутим случајевима суд не врши оцену доказа. Искључује се и примена правила о терету доказивања. Чињеничну грађу може формирати на основу спроведеног доказивања којим је стекао уверење у погледу постојања, односно непостојања доказиваних чињеница. Ни у овом случају суд не може чињеничну подлогу своје своје одлуке засновати примењујући правила о терету доказивања. Тек у случају ако оценом доказа, „на основу изведених доказа“, није у стању да формира одговарајући став о постојању доказиваних чињеница суд одлучује примењујући одредбе о терету доказивања. Изузимају се и пресуде у којима је садржај правне заштите одређен вољом странака. Чињенична подлога конкретне пресуде може бити формирана на начин који обухвата све споменуте видове утврђивања чињеница. У једном делу на основу оних чињеница које се нису доказивале у поступку, у другом на основу оних чињеница чије је постојање, односно непостојање суд са сигурношћу уверен. У трећем делу чињенична подлога може бити одређена применом правила о терету доказивања. Да би могао одлучити о спору и донети пресуду суд мора располагати оном чињеничном грађом

¹⁷ Члан 231 став 1 ЗПП.

која је одређена хипотезом норме материјалног права коју суд сматра релевантном за одлучивање о спору. Једино под тим условом може изрећи ону правну последицу која је одређена диспозицијом те исте норме. Наведена обавеза постоји у свим поступцима у којима важи начело законитости без обзира да ли је у питању поступак заснован на расправној или истражној максими. На суду је одговорност да се, без обзира на конкретан начин утврђивања, у поступку утврде све чињенице које потребне примену одговарајуће одредбе материјалног права.¹⁸ Само те чињенице могу бити предмет доказивања. При томе се најчешће мора кретети у оквирима оних чињеничних тврдњи које су истакнуте од стране парничних странака. С друге стране, одговоран је да се у поступку, без обзира да ли се ради о утврђивању чињеница на основу оцене доказа или применом правила о терету доказивања, утврди постојање чињеница битних за одлучивање о спору. Евентуални пропуст овог типа чини суд одговорним за незаконитост пресуде јер за последицу има непотпуно утврђено чињенично стање које представља разлог за побијање пресуде у жалбеном поступку.¹⁹

III

Шира примена правила о терету доказивања се доводи у везу са другачијом концепцијом расправног начела у парничној регулативи која је уследила после 2004. године у којој је нестало овлашћење суда да по службеној дужности изведе доказе који нису предложени од стране парничних странака. Ипак, ако се упореде одредбе којима се регулише расправно начело са одредбама којима се регулише расподела терета доказивања видљиво је да постоје значајне разлике у њиховом садржају. По расправном начелу су дужне да да изнесу све чињенице на којима заснивају своје захтеве и предложе доказе којима се утврђују те чињенице.²⁰ Суду се, са друге стране, забрањује да утврђује чињенице и изведе доказе који нису предложени од стране странака.²¹ Начело је изражено и у ужим значењима као обавеза тужиоца да у тужби наведе чињенице на којима заснива свој захтев и доказе којима се утврђују ове чињенице.²² У одговору на тужбу тужени треба, ако оспорава тужбени захтев, навести чињенице и доказе којима оспорава тај захтев.²³ Одредбе о терету доказивања имају битно

¹⁸ *H. Fasching*, цит. у фн. 16, 461.

¹⁹ Члан 375 ЗПП.

²⁰ Члан 7 став 1 ЗПП.

²¹ Члан 7 став 2 ЗПП.

²² Члан 192 став 1 ЗПП.

²³ Члан 298 став 2 ЗПП.

другачији садржај. Од странке се очекује да у поступку докаже постојање чињеница које су битне за настанак одређеног права или његово остваривање и супротно, ако оспорава његово постојање, да докаже постојање чињеница које су спречиле настанак тог права или његово остваривање или је због наведених чињеница право престало да постоји. Разлика у формулацијама није случајна. Хипотетички би се и садржај расправног начела могао одредити на начин којим се од странака захтева да своје чињеничне тврдње поставе на начин како то одређују правила о терету доказивања. То се, међутим, са разлогом не чини јер би претпостављало да странка правно квалификује своје захтеве позивом на норму материјалног права за коју сматра да треба применити у поступку и да је суд везан том квалификацијом што у парничном поступку није случај. И ако странка правно квалификује свој захтев то учини квалификација не везује суд. На суду је обавеза да руковођен чињеницама које су садржане у тужби одреди материјално-правну норму за коју сматра да је треба применити у конкретном случају. Суд би то требао учинити пре него што се приступи утврђењу доказа. Сматра се да би овом приликом требао одредити и која странка треба да наведе чињенице и доказе потребне за њен успех у спору.²⁴ При томе се руководи апстрактно одређеним чињеницама садржаним у хипотези материјалноправне норме за коју сматра да одговара чињеницама наведеним у тужби. У моменту постављања тих тврдњи, без обзира да ли су исте истакнуте у циљу доказивања или оспоравања постављених захтева, странке немају сазнање о томе како ће се од стране суда правно квалификовати те њихове тврдње. Од њих се зато не може очекивати да их формулишу на начин прописан превелима о терету доказивања а да се при томе фундаментално не измени концепција овог вида правне заштите. Расправно начело везује суд за оне чињенице и доказе који су истакнуте од стране парничних странака али он одређује њихову релевантност. Предмет доказивања могу бити само оне чињенице које суд сматра важним за доношење одлуке.²⁵ Из наведеног разлога суд не може бити прости посматрач процесних активности странака него је потребно да активним учешћем у поступку обезбеди да се прибави чињенична и доказна грађа потребна за примену одговарајуће одредбе материјалног права на основу које ће одлучити о спору. Ако то не учини није одговорио својој обавези да приликом доношења одлуке располаже свом потребном чињеничном грађом. Из наведеног разлога дужан је да странке наведе на доношење оног чињеничног материјала који је по његовом мишљењу битан

²⁴ *W. Rechberger/D. A. Simotta*, Grundriß des österreichischen Zivilprozeßrechts, 5. Auflage, Wien 2000, 349.

²⁵ Члан 229 став 1 ЗПП.

за доношење одлуке. Тек ако је наведени услов испуњен и ако су наведене чињенице биле предмет доказивања постоји могућност да се чињенична основа пресуде утврди применом правила о терету доказивања. У моменту покретања поступка од странака се не може очекивати да знају како ће суд правно квалификовати њихове захтеве истакнуте у поступку. У даљем развоју поступка оне долазе у прилику да се, непосредно или посредно, упознају са становиштем суда о релевантности њихових чињеничних тврдњи што оправдава примену правила о терету доказивања на начин формулисан одредбама овог члана. Све до закључења припремног рочишта странке имају право да наведу чињенице и предложе доказе који нису били садржани у тужби и одговору на тужбу.²⁶ Ако то чине руковођене су ставом суда о релевантности њихових чињеничних тврдњи и доказних предлога. Једино се под тим условом може оправдати померање границе од које важи забрана истицања нових чињеница и доказа са тренутка у којем тужилац подноси тужбу а тужени даје одговор до момента закључења припремног рочишта или првог рочишта главне расправе ако се премно рочиште не одржава. У даљем току поступка ризик недоказаности чињеничних тврдњи постаје све присутнији да би у моменту доношења одлуке било оправдано расподелити тај терет између странака на начин прописан одредбама овог члана. Ни примена правила о доношењу одлуке на основу неспорног чињеничног стања или пресуде којом се одбија тужбени захтев због неконклюдентности тужбе не доводи у питање наведени приступ.²⁷ Садржај споменутих пресуда није одређен на основу оног чињеничног стања које је било предмет доказивања. Разлика у садржају наведених одредаба може се разумети и као последица различитог предмета регулисања. Приликом одређивања оквира примене расправног начела ЗПП регулише питање које се односи на регулисање једног процесног начела и сходно томе оквира његове примене одређује према одговарајућим процесним установама. Пре свега према захтевима истакнутим у поступку. Када се формулишу правила о терету доказивања тада се полази од материјалноправног значаја тих чињеница за одлучивање о спору јер се пресуда доноси као акт примене одговарајуће норме материјалног права на чињенично стање које је апстрактно одређено одредбама те правне норме. Објективни терет доказивања, и у систему у којем се расправној максими даје знатно шири значај у односу на раније важеће законодавство, не искључује одговорност суда у погледу одређивања чињеничне основе потребне за одлучивање о спору. Да би уопште дошло до примене правила о (субјективном) терету доказивања потребна

²⁶ Члан 308 став 1 ЗПП.

²⁷ Члан 291 став 2 ЗПП. члан 350 став 3 ЗПП.

је да суд претходно, на основу оцене изведених доказа, закључи да није у стању да са сигурношћу утврди постојање чињенице која је била предмет доказивања. Шири домаћај расправне максиме у односу на раније важећа решења не преставља, нити се може разумети као позив суду да једним конформистичким односом избегне своју одговорност за правилност утврђеног чињеничног стања при чему правила о терету доказивања престављају последње а не прво средство којим суд одређује чињеничну основу своје пресуде.

Приказано решење описује типичан ток ствари при којем примена правила о терету доказивања претпоставља претходну оцену изведених доказа: „[а]ко суд на основу изведених доказа (члан 8) не може са сигурношћу да утврди неку чињеницу, о постојању чињенице примениће правила о терету доказивања“.²⁸ Као што је истакнуто решење је формулисано Новелом ЗПП 77 али у једном битно другачијем процесном контексту. У време важења ЗПП 77 постојала је могућност да суд по службеној дужности, применом истражне максиме изведе доказе и који нису предложени од стране парничних странака. При описаним решењима суд је, као последње решење, стојала на располагању могућност да оспорену чињеницу докажује саслушањем странака. Битно обележје процесноправног односа који се успоставља у парничном поступку преставља околност да морају постојати две странке супростављених интереса тако да је увек постојала могућност да у недостатку других доказа суд, по службеној дужности, изведе доказивање саслушањем странака. Са тиме се рачунало када је формулисана концепција овог овог доказног средства којем је даван супсидијаран значај у односу на остала доказна средства. Доказ се изводио само ако није било других доказа или ако је суд сматрао да је то, и поред изведених доказа, потребно за утврђивање важних чињеница.²⁹ Поред саслушања странака суд је могао одредити извођење и осталих доказа за које је сазнао у поступку а који нису били предложени од стране странака. Од 2004. године стање је битно промењено тако да постоји могућност оспоравања чињеничних тврдњи које нису праћене одговарајућом понудом доказа а суд не располаже истражним овлашћењима да сам одреди извођење доказа који нису предложени од стране странака. Са овом могућношћу се није рачунало приликом преузимања одредбе раније важећег парничног законодавства. Питање је изузетно сложено јер конфронтација могућност различитих приступа. Проблем се не може решити евентуалним доношењем пресуде на основу неспорног чињеничног стања јер је код њеног доношења битан услов да тужени не оспорава чиње-

²⁸ Члан 231 став 1 ЗПП.

²⁹ Члан 253 став 2 ЗПП 57, члан 254 став 2 ЗПП 77.

ничне тврдње противне странке.³⁰ Не постоји ни могућност доношења пресуде због пропуштања јер се правило о терету доказивања ограничава на случај у којем тужени оспорава чињеничне тврдње противне странке а то претпоставља да је претходно то учинио давањем одговора на тужбу.³¹ У моменту подношења тужбе и давања одговора на тужбу није могуће одбацити наведене поднеске из разлога што недостаје понуда доказа јер су странке овлашћене да до момента закључења припремног рочишта изнесу чињенице и предложе доказе на којима заснивају своје захтеве или оспоравају захтеве противне странке.³² Ако се одређивање чињеничне основе спора и акт оспоравања посматрају као радње чији је садржај формализован њихова пуноважност би била условљена на начин којим се од странака захтева да упоредо са истицањем одређене чињеничне тврдње наведе и доказе који потврђују тај њен навод. То би могло послужити као основ да се сматра да наведена тврдња није ни изнета а ако је у питању акт оспоравања тврдње противне странке да не постоји оспоравање. Ако само једна од странака предложи извођење доказа који нису у стању да код суда створе убеђење о постојању одређене чињенице то би водило до неприхватљивог резултата усвајање захтева странке која није уложила никакав напор да докаже своје чињеничне тврдње. 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. Посебно ако се у обзир узме околност да у судској пракси правило о терету доказивања, супротно цитираној одредби члана 231 став 1 ЗПП, примењује у случају када доказивање није било могуће спровести због недостатка доказа.

Идеја о широј примени правила о терету доказивања уз потискивање одговорности суда у погледу одређивања чињеничне основе спора се заснива и на околности да се у парничном законодавству које је уследило после 2004. године престало да се спомиње начело материјалне истине. Као и у ЗПП из 2004. године, ЗПП не спомиње обавезу суда да истинито утврди спорне чињенице од којих зависи основаност захтева. Раније важећи прописи су то изричито прописивали. Значај начела, посебно у научној и стручној јавности, често је био пренаглашен. Чинило се да је утврђивање истине примарни циљ поступка којем су подређене све друге процесне установе. Делимично се губило из вида да задатак суда није са-

³⁰ Члан 291 став 2 ЗПП.

³¹ Члан 350 ЗПП.

³² Члан 308 став 1 ЗПП.

знавање стварности него пружање законите и правичне правне заштите при чему утврђивање истине није циљ, већ само средство остваривања наведеног квалитета. Наведени приступ је проблематизован простом чињеницом да истина у поступку губи значај одређеним видовима допуштеног диспонирања предметом спора, али и у оним ситуацијама када се не приступа доказивању релевантних чињеница. Као реакција на наведене приступе, али и због ширег домаћаја расправног начела начело утврђивања истине се не спомиње, али је ипак и даље присутно у нешто другачијем значењу. И даље, међутим, законитост пресуде зависи од тога у којој је мери парнични суд правилно и потпуно утврдио чињенично стање на којем заснива своју одлуку. То стање редовно утврђује на тај начин што у доказном поступку утврђује у којој су мери истините тврдње странака о постојању правно релевантних чињеница од којих зависи основаност тужбеног захтева. Задатак суда је да утврди у којој су мери истините страначке тврдње о постојању чињеница на којима странке заснивају своје захтеве. Целина доказног поступка усмерена је наведеном циљу. Суд цени истинитост тврдњи парничних странака и у случају позитивног одговора заузима став о постојању или непостојању одређених чињеница. У свему томе суд није потпуно пасиван. ЗПП га обавезује на поступање које омогућава свестрано расправљање спора укључујући постављање одговарајућих питања која треба да допринесе правилном утврђивању чињеница од којих зависи одлука о тужбеном захтеву. Супротстављеност интереса парничних странака такође доприноси томе да суд може формирати став о истинитости страначких тврдњи. То што се у одређеним случајевима мора ослонити, у важећем закону на наглашеније истакнуто правило о терету доказивања, принципијелно не мења положај суда јер оно што се у поступку не може доказати најчешће и не постоји. И у овој процесној ситуацији суд одлучује руковођен чињеницом да је одређена тврдња неистинита јер није доказана. Друго је питање што до тог става долази непосредном применом одговарајуће законске одредбе, а не на основу свог уверења. Само под овим условом може се оправдати могућност побијања првостепене пресуде због погрешно или непотпуно утврђеног чињеничног стања. Тамо где те одговорности нема, јер је садржај правне заштите одређен вољом странака или располагањем чињеничном основом спора, пресуда се због наведеног разлога не може ни побијати. Потреба да суд, применом одговарајућих сазнајних метода, утврди у којој су мери истините тврдње странака о постојању релевантних чињеница и даље постоји јер од тога зависи законитост пресуде. У наведеним оквирима утврђивање истине има значај средства које се користи да би се остварио одређени циљ – законита и правична пресуда.

Потребно је имати у виду да наглашенији значај расправне максиме и околност да се у новом парничном законодавству изричито не спомиње начело материјалне истине не може разумети, како се то понекад чини, као стварање процесног оквира који ослобађа суд дужности да допринесе потпуном расветљавању чињеничног стања потребног за доношење пресуде. Тек ако ови напори остану без резултата оправдано је применити правило о терету доказивања. Суд није нити може бити пасивни посматрач процесне борбе која се одвија између странака нити се применом правила о терету доказивања може ослободити ове одговорности. Идеја активног односа суда у погледу одређивања чињеничне основе пресуде је изричито артикулисана у његовој дужности да, постављањем питања, прибави потребна обавештења у циљу утврђивања чињеница од којих зависи одлука о основаности захтева.³³ Правило о терету доказивања се ограничава на одређивање исхода доказног поступка и изван наведеног оквира не може одређивати процесни положај странака и суда.

IV

Као код начела слободне оцене доказа, примена правила о терету доказивања претпоставља обавезу суда да објективизира свој став о томе да на основу изведених доказа не може са сигурношћу утврдити да ли постоје или не постоје чињенице које су биле предмет доказивања. Од суда се мора добити јасно образложење због чега се одлучио за њихову примену. Условно речено примену правила о терету доказивања прејудуцира претходно извршена оцена доказа. Другим речима и када одлучује примењујући правила о терету доказивања суд претходно врши оцену доказа и, тек под условом ако та оцена не да резултат, одлуку доноси примењујући правила о терету доказивања. У крајњој линији и ове оквири одређује судија јер је оцена доказа његов унутрашњи психолошки и логички акт који се мора објективизирати у образложењу пресуде. У истој процесној ситуацији један судија може сматрати да је са сигурношћу убеђен у постојање одређене чињенице док други може сматрати да на основу изведених доказа није у стању да формира став о постојању чињенице која је била предмет доказивања. Из наведеног разлога потреба за образложењем добија још више на значају. Ако се тај праг подеси сувише високо штети интересима странке коју погађа примена ових правила а ако се одреди претерано ниско штети интересима странке у чију корист делује одређено правило о терету доказивања. Потребно је такође

³³ Члан 313 ЗПП.

узети у обзир да резултат оцене доказа може бити уверење суда да одређена чињеница не постоји. Овај став искључује примену правила о терету доказивања. У пракси српских судова је све присутнија (погрешна) пракса по којој се судови, мада су недвосмислено утврдили да одређена чињеница не постоји, своју пресуду образлажу примењујући правила правила о терету доказивања.

V

Без обзира што је доказни поступак организован на начин који подразумева активно учешће странака и суда, у крајњем исходу недоказаност чињенице која је била предмет доказивања иде на штету једне од странака што је неминовно у двостраначки организованом поступку. Која је то странка законом се унапред не одређује. У томе је и основна разлика у односу на неке друге видове судске заштите. У кривичном поступку недоказаност чињеница од којих зависи одлучивање о предмету се решава применом начела *in dubio pro reo*. У питању је поступак у којем су страначке улоге статичне и непромењиве. По дефиницији оптужени се налази у лошијем положају која би био још неповољнији ако би у поступку морао доказивати своју невиност. Битно обележје овог вида правне заштите представља претпоставка невиности оптуженог лица која има значај уставне гаранције.³⁴ Преставља и елемент права на правично суђење у смислу одредаба члана 6 став 2 Европске конвенције о људским правима и основним слободама.³⁵ У парничном поступку процесна позиција странака није статична. У истом парничном поступку странке могу бити у обе процесне позиције - и на страни тужилачке и на страни тужене странке тако да се расподела (субјективног) терета доказивања не може везивати за примену овог критеријума на начин којим би се тужилац унапред обавезао на доказивање одређених чињеница нити би се то могло захтевати од тужене странке. Расподела субјективног терета доказивања се везује за примену битно другачијих критеријума који се у подједнакој мери могу односити на обе парничне странке. Ако се нека од странака свој захтев заснива позивом на постојање одређеног права сноси терет доказивања чињеница које су битне за настанак тог права или његово остваривање. У истој парници наведена формулација се може односити на обе странке. Тужилац, на пример, може доказивати постојање чињеница који су резултирале закључењем уговора одређеног садржаја који га овлашћује да тражи испуњење одређене чинидбе а тужена страна

³⁴ Члан 34 став 3 Устава РС.

³⁵ Више: *А. Јакић*, Европска конвенција о људским правима, Београд 2006, 216-222.

на постојање чињеница које говоре о његовом праву да од друге, тужилачке стране захтева претходно или истовремено испуњење неке друге чинидбе. Странка која оспорава постојање неког права сноси терет доказивања чињеница која је спречила његов настанак или остваривање или чињеница услед којих је то право престало да постоји. У обе процесне ситуације ЗПП унапред не одређује странку коју погађају штетне последице околности да су одређене чињенице остале неразјашњене у поступку. Правила се могу односити на сваку од странака поступку. Решења ЗПП у основи одговарају теоретском концепту који потиче из немачке правне теорије. Формулисао их је теоретичар *Лео Розенберг* (*Leo Rosenberg*).³⁶ Према том концепту свака од странака треба у поступку навести и доказати да су испуњене претпоставке за примену за њу повољне правне норме (нем. *Normentheorie*).³⁷ При томе се терет доказивања формулише на начин који одговара различитим типовима правних норми које регулишу материјалноправне односе и, у зависности од врсте норме из које странка изводи своје захтеве у поступку, одређује се сношење ризика недоказаности чињеница од којих зависи примена те норме. У наведеном смислу прави се разлика између конститутивних норми на основу којих настаје право из којег странка изводи свој захтев за пружање правне заштите, импретитивних норми које спречавају настанак тог права и екстинктивних норми које доводе до његовог укидања. Одредба члана 231 став 2 ЗПП се односи се на недоказаност чињеница од којих зависи примена норми од конститутивног значаја јер одређује да терет доказивања чињенице која је битна за настанак одређеног права или његово остваривање сноси она странка која се позива на то право. Ставом три истог члана одређују се последице недоказаности чињеница које спречавају настанак одређеног права или његово остваривање, односно чињеница услед којих је одређено право престало да постоји. Терет доказивања ових чињеница лежи на странци која оспорава постојање одређеног права. Тако, на пример, терет доказивања чињенице да је утужени износ исплаћен пада на туженог. Терет недоказаности наведених чињеница погађа странке али и у овој компоненти постоји значајна одговорност суда. Приликом правне квалификације захтева истакнутих у поступку суд је дужан да изврши одговарајућу анализу одредаба које сматра релевантним за одлучивање одређујући њихову природу у смислу примене правила о терету доказивања. Дужан је да поступком управља на начин који омогућава утврђивање тих битних чињеница а ако та активност остане без резултата одређује странку коју ће погодити немогућност њиховог утврђивања.

³⁶ *L. Rosenberg, Beweislast, 4. Auflage, München - Berlin 1956.*

³⁷ *L. Rosenberg, цит. у фн. 36, 98/99.*

VI

Ако се одређене чињенице не могу са сигурношћу утврдити тада то у крајњем исходу резултира ставом о њиховом непостојању.³⁸ То ће најчешће одговарати стварном стању ствари јер оно што није доказано најчешће и не постоји. Изузетак је примена правила о законским претпоставкама код којих неспособност странке да, доказом о противном, убеди суд о непостојању претпостављене чињенице има сасвим супротан резултат. Сматраће се да претпостављена чињеница постоји. Наведене последице посебно потенцирају одговорност судије. Могуће је да изведени докази знатно више говоре у прилог постојања одређене чињенице у односу на доказе којима се оспорава њено постојање. Ако суд сматра да наведени разлози нису довољни за формирање чврстог уверења примењује правила о терету доказивања. У том случају утврђује да споменута чињеница не постоји мада претежу разлози који говоре другачије. У оба случаја којима се регулише субјективни терет доказивања немогућност формирања уверења о постојању чињеница од којих зависи одлучивање о спору резултира утврђењем да те чињенице не постоје. Примењујући правила о терету доказивања чињеница од којих зависи настанак или остваривање одређеног права суд утврђује да не постоје те чињенице што резултира одбијањем захтева. И супротно, ако странка не докаже постојање чињеница које су спречиле настанак или остваривање права на које се противник позива или на постојање чињеница услед којих је то право престало да постоји сматра се да те чињенице не постоје што у крајњој линији резултира усвајањем захтева противне странке која се позива на постојање оспореног права. Има мишљења правила о терету доказивања представљају вид одступања од принципа слободне оцене доказа и да то значи примену легалног (законског) доказног система по којем судија мора да закључи да не постоје чињенице у чије постојање није уверен.³⁹ Наведено мишљење ипак треба примити са резервом јер је битан услов за примену правила о терету доказивања претходно извршена (слободна) оцена изведених доказа па тек после тога суд долази у прилику да о спору одлучује сматрајући да не постоје чињенице одређене хипотезом одговарајуће норме материјалног права. С друге стране, у теорији претеже став да примена правила о терету доказивања има материјалноправни значај. Када суд одлучује примењујући ова правила тада примењује одговарајућу норму материјалног права и, за разлику од ситуације у којој се налази када о постојању одређене чињенице закључује на основу оцене доказа која се вреднује као одлучивање о одређеном чињеничном питању које може бити подложно контроли са-

³⁸ *W. Rechberger/D. A. Simotta*, цит у фн. 24, 349.

³⁹ *Г. Сijanковић*, Грађанско процесно право, 8. издање, Ниш 2010, 420.

мо у другостепеном поступку, примена правила о терету доказивања се испољава као акт примене материјалног права и сходно томе подлеже могућности контроле и у ревизијској инстанци.

Наведена правила о (субјективном) терету доказивања имају опште значење. Примењују се међутим само под условом да у конкретном случају одредбама материјалног права није одређено коју од странака у одређеном односу погађа терет доказивања чињеница битних за примену диспозиције те правне норме. У оба случаја ЗПП прописује да се терет доказивања може и другачије одредити. Понекад ће изричита законска одредба о терету доказивања одговарати правилима која су формулисана одредбама овог члана тако да њена примена принципијелно неће мењати стање ствари. Примера ради у парници у којој се захтева повраћај ствари по основу права својине тужилац мора да докаже да на ствари има право својине и да се та ствар налази у фактичкој тужене странке. У парници у којој се оспорава право својине на непокретности уписаној у катастар непокретности терет доказивања супротног је на странци која то право оспорава.

VII

Од општих правила прописаних одредбама овог члана се одступа када се постојање одређених чињеница претпоставља у смислу правила о законским претпоставкама. Примена општих правила о терету доказивања би упућивала на то да одређену чињеницу мора доказивати једна од странака у поступку - на пример тужилац. Ако се (оборивом) законском претпоставком претпоставља постојање чињеница од које зависи настаanak права на које се тужилац позива долази до померања терета доказивања на тужену странку. Тужени се доводи у позицију у којој мора доказати да претпостављена чињеница не постоји ако је тужилац доказао постојање чињеница одређених основом одговарајуће законске претпоставке. Ако доказом о противном тужени не успе да убеди суд у непостојање претпостављене чињенице сматраће се да она постоји.

VIII

Могуће је да изведени докази знатно више говоре у прилог постојања одређене чињенице у односу на доказе којима се оспорава њено постојање али нису довољни да код судије формирају чврсто убеђење о постојању исте. Наведена последица претставља повод да се у одређеним случајевима одустаје од доказивања па самим тим и од примене правила о терету доказивања. Инсистирање на (сигурном) утврђивању одређених чињеница би довело до неприхватљивих и неправичних резултата. Из на-

веденог разлога ЗПП овлашћује суд да „по слободној оцени“, без доказивања, одлучи о висини новчаног износа или количини замењивих ствари ако утврди да странци припада право на накнаду штете ако се њен износ не може утврдити или ако би се могао утврдити само са несразмерним тешкоћама.⁴⁰ У немачком правном систему, пре свега путем праксе највиших судских инстанци, уведен је појам *prima facie* доказа (нем. *Anscheinbeweis*) којим се у основи омекшава захтев да суд мора бити у потпуности убеђен у постојење чињенице која је предмет доказивања. Примена овог решења се најчешће везује за парнице за накнаду штете у којима се сматра да је за формирање судског уверење довољно да се утврди постојање одређене чињенице (коју је је једноставније доказати) изведе закључак (уверење) о постојању неке друге чињенице јер на то упућују правила животног искуства или уобичајени ток ствари. На наведени начин се у основи смањује степен уверења који се од судије очекује приликом оцене доказа и самим тим отклања потреба за применом правила о терету доказивања јер се *prima facie* доказ ослања на чињеничне закључке који су доведени само до степена вероватности. У немачкој теорији постоје значајне контраверзе о правној природи *prima facie* доказа – да ли је у питању правило које се односи на оцену доказа или се употребом овог метода закључивања о постојању битних чињеница помера терет доказивања.⁴¹ У сваком случају наведена пракса изражава свест о томе да примена правила о терету доказивања може довести до неприхватљивих резултата ако би се у парницама за накнаду штете инсистирало на томе да је мора бити у потпуности сигуран у погледу постојања чињеница од којих зависи одлучивање о спору.

Евидентно је да је кључни моменат за примену правила о терету доказивања став суда да на основу изведених доказа не може да са сигурношћу утврди постојање чињенице која је била предмет доказивања. Оцена доказа је унутрашњи психолошко логички процес у којем судија вреднује изведене доказе. У крајњој линији од судије (суда) зависи како ће изразити (објективизирати) свој став о томе да ли сматра доказаном чињеницу која је била предмет доказивања у поступку. Из наведеног разлога у образложењу пресуде мора посебно навести разлоге због којих није у стању да формира убеђење о постојању одређене чињенице те се из тог због тога одлучује на примену правила о терету доказивања. Наведени захтев посебно долази до изражаја у процесном систему у којем је у првостепену поступку претежним делом важи принцип монократског поступања и одлучивања.

⁴⁰ Члан 232 ЗПП.

⁴¹ Ближе: А. Узелац, цит. у фн. 7, 60.

IX

Примена правила о терету доказивања конципирана је на начин који претпоставља да је претходно спроведено доказивање и да суд оценом изведених доказа није у стању да формира уверење – са сигурношћу утврди постојање чињенице која је била предмет доказивања што примену правила ограничава на оне поступке у којима се судска одлука доноси по основу контрадикторног расправљања. ЗПП нема одговарајућа решења на проблеме који произилазе из нове концепције расправног начела у српском парничном законодавству у којој су нестала овлашћења суда да по службеној дужности одреди извођење доказа. Не даје одговор на питање како поступити у слушају када се доказивање не спроводи услед недостатка доказних предлога. Судска пракса у овом случају полази од једног ширег концепта правила о терету доказивања који нема изричиту законску подлогу. Примењује их и на случај када доказивање није спроведено. У сваком случају било би корисно преформулисати основно правило о терету доказивања на начин који одговара другачијој концепцији расправне максиме у српском парничном поступку. Правило се примењује ако се од суда захтева да са сигурношћу утврди постојање чињеница од којих зависи садржај одређене одлуке. Ако је за доношење одлуке (решења) довољно те чињенице утврдити до степена вероватноће примена правила о терету доказивања губи смисао. Шири домашај расправне максиме у парничном поступку не ослобађа суд одговорности у погледу дужности расветљавања чињеничног стања на основу којег одлучује о спору. Не ослобађа га ни околност што се у важећем парничном законодавству више не спомиње начело материјалне истине. И даље се од њега очекује да има тај активан однос. Тек ако заједнички напор суда и странака остане без резултата тако да суд није са сигурношћу убеђен у постојање чињенице која је престављала предмет доказивања постоји основ за примену одредаба о терету доказивања. И у овом случају суд мора објективизирати због чега о тој чињеници не може формирати одређени став. Мора дати јасно образложење због чега се одлучио за примену правила о терету доказивања. Овим се дакле не олакшава позиција суда нити се применом одредаба о терету доказивања ослобађа дужности да изврши оцену доказа и образложи због чега не може формирати став о постојању или непостојању чињенице која је била предмет доказивања. Ако доказивање није спроведено примена правила о терету доказивања се може оправдати једино идејом да би, у супратном, дошло до неприхватљивих резултата - ускраћивања правне заштите и фаворизовања странке која није учинила никакав напор у циљу доказивања својих чињеничних навода.

Ranko Keča, Ph.D., Full Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad

On the Burden of Proof in Civil Procedure

Abstract: *The appliance of burden of proof rules is conceived of assumption that evidences are taken and that court didn't reach the required degree of conviction of a particular fact, what implies limitation of application of these rules on proceedings in which the judgment is rendered after the plenary proceedings. The Code of Civil Procedure (CCP) has no suitable answers for the problems arising from new conception of the principle of party control of facts and means of proof in Serbian litigation legislature, by which the court has no more power to take the evidence ex offo. There is no answer to the question how should court conduct when evidence is not taken because of a lack of parties' indication of the means of proof. In this case courts practice somehow wider conception of burden of proof rules, which however has no explicit legal ground. They are applying them even though evidences are not taken. In any case it would be useful to reformulate basic rule of burden of proof in manner which would correspondent to the new conception of the principle of party presentation. The rule of burden of proof applies when the high degree of conviction of facts is demanded from the court, in order to render the judgment. Consequently this rule loses its' sense when mere probability of factual findings is demanded. The broader conception of parties' representation principle however does not liberate court from his responsibility to clarify facts that should be base for adjudication. Circumstance that CCP does mention the principle of material truth anymore should not be seen as argument for liberation of mentioned responsibility. It is still expected from the court to be active. Only when joint effort of the court and parties is left without of goal, in sense that court doesn't reach the high degree conviction, there would be ground for burden of proof rule's application. In this situation court also must justify why he couldn't reach required degree of conviction, i.e. he must give clear reasons for the cause of application of burden of proof rules. Thus the role of the court is not relieved, nor does the application of burden of proof provisions mean the liberation from the duty to evaluate the evidences and reasoning the impossibility of reaching the required degree of conviction. In the case when evidences are not taken at all the application of burden of proof rule could be only justified with the idea that else unacceptable results would arise – substantive legal protection and favoritism of the party who didn't make any effort to proof its factual allegations.*

Key words: *litigation, burden of proof, principle of party presentation, principle of material truth, taking evidence, evaluating of evidence, adjudication.*