

Др Никола Бодироџа
доцент Правног факултета у Београду

СУЖАВАЊЕ НАЧЕЛА НЕПОСРЕДНОСТИ У ПАРНИЧНОМ ПОСТУПКУ*

САЖЕТАК: Циљ последњих измена Закона о парничном поступку био је да се он доведе у склад са Уставом и са правосудним организационим законима. Законодавац је ипак искористио прилику да измени нека значајна начела парничног поступка. Суд у парници одлучује на основу усменог, непосредног и јавног расправљања, али су последње измене ЗПП драматично сузиле принцип непосредности. То се нарочито види у одредбама ЗПП које се односе на одржавање рочишта пред већем другог састава и у одредбама које уређују одлагање рочишта. Давањем значајних овлашћења судијским помоћницима у парничном поступку, занемарени су Устав Србије и Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода. Иако је принцип непосредности у парничном поступку готово уништен, његово кршење се и даље третира као апсолутно битна повреда одредаба ЗПП.

Кључне речи: непосредност, ограничавање, Устав Србије, ЕКЉП

I

У парничном поступку суд одлучује на основу усменог, непосредног и јавног расправљања.¹ Принцип непосредности значи да исти онај суд који је утврђивао чињенично стање и пред којим су извођени докази, мора да (ако је могуће одмах) одлучи о основаности тужбеног захтева. Нема говора о овом начелу ако један суд

* Рад примљен: 15. 03. 2010. године.

¹ Види члан 4. став 1. ЗПП.

утврђује чињеничну грађу, а онда други суд на ту грађу примењује материјално право и доноси пресуду. Да би се говорило о начелу непосредности по неким ауторима морају да буду испуњена три услова: а) да суд без посредника утврђује чињеничну основу пресуде; б) да суд који спроводи доказни поступак буде суд који ће да одлучи о вредности употребљених доказних средстава; в) да тај исти суд одмах након што је закључио расправу на којој су утврђиване чињенице, одмах након тога донесе пресуду.² Ако у све три фазе поступка не учествује исти суд, говоримо о повреди начела посредности. Непосредност се у првом реду односи на однос између парничног суда и извора сазнања чињеничне подлоге пресуде. Та непосредност може бити нарушена ако након што је суд непосредно утврдио чињенице, тај исти суд потом не донесе одлуку на темељу тих чињеница.³ Када се каже да је начело непосредности примењено, то не значи да је нека правно релевантна чињеница непосредно утврђена. Сама околност да је нека чињеница утврђена на посредан начин, тј. да не постоји директна веза између ње и доказног средства које је у сврху њеног утврђивања примењено, не значи да је у поступку прекршен овај важан принцип парничне процедуре. Тада говоримо о посредним и непосредним доказним средствима, а не о начелима посредности и непосредности.

Странке су дужне да изнесу све чињенице на којима заснивају своје захтеве и да предложе доказе којима се те чињенице утврђују.⁴ Суд утврђује чињенице од којих зависи одлука о основаности захтева искључиво на основу предложених и изведених доказа.⁵ Изузетно, суд је овлашћен да утврди и чињенице које странке нису изнеле и изведе доказе које странке нису предложиле ако из резултата расправљања и доказивања произлази да странке располажу захтевима којима не могу располагати (члан 3. став 3) или кад је то предвиђено посебним прописима.⁶ Суд не може да донесе одлуку засновану на чињеницама, а да претходно странкама није пружио могућност да се о тим чињеницама изјасни. Суд ће се постављањем питања и на други погодан начин старати да се у току расправе дају објашњења о свему што је потребно да би се утврдило чињенично стање важно за одлуку, као и да, изузетно, одреди извођење доказа по службеној дужности, ради утврђивања чињеница битних за одлуку, са-

² С. Трива/М. Дика, *Грађанско парнично процесно право*, Загреб 2004, стр. 185.

³ Суд може да одлучи да се одређени докази изведу пред другим судом (замољени суд). Записник о изведеним доказима пред замољеним судом ће се прочитати на главној расправи. У замолници за извођење доказа треба навести податке из предмета, а нарочито околности о којима треба да се води рачуна приликом извођења доказа. О рочишту за извођење доказа пред замољеним судом се странке морају обавестити. Замољени суд у поступку извођења доказа има сва овлашћења која има суд када се докази изводе на главној расправи. Види члан 225. ЗПП.

⁴ Види члан 7. став 1. ЗПП.

⁵ Види члан 7. став 2. ЗПП.

⁶ Види члан 7. став 3. ЗПП.

мо када је то одређено законом.⁷ Наведеним одредбама које су прецизиране Законом о изменама и допунама ЗПП⁸ је разјашњена дилема у погледу иницијативе за утврђивање чињеница и извођење доказа, која је у пракси постојала због ранијих недовољно јасних формулација. Законодавац је промовисао доследну примену расправног начела, при чему су одступања могућа када је посреди злоупотреба начела диспозиције и кад је то законом одређено. Како је сада јасно из чије делатности настаје чињенична подлога судске пресуде, потребно је, ради доношења законите и правилне судске одлуке, загарантовати да се утврђивање чињеница од којих зависи одлука о основаности захтева заснива на начелима усменог, непосредног и јавног расправљања.

Чињенична подлога пресуде парничног суда могу бити само оне чињенице чије се утврђивање пред тим судом одиграло. То даље омогућује процесноправни однос између суда странака и доказних средстава, заснован на принципу непосредности.⁹ Само у парничном поступку у којем је загарантована усмена расправа, можемо говорити о доследној примени начела непосредности, јер само усмена расправа омогућује свеобухватно и систематско утврђивање релевантне чињеничне грађе.

II

Чланом 35. Закона о изменама и допунама ЗПП измењен је члан 317. тако да гласи: „Ако се рочиште држи пред измењеним већем, односно судијом појединцем, главна расправа мора почети изнова, али ће суд донети одлуку да се поново не саслушавају странке, сведоци и вештаци и да се не врши нов увиђај, већ да се прочитају записници о извођењу ових доказа.” На тај начин је заправо омогућено да се пред судом у једном саставу изводе докази, а да суд у другом саставу оцењује изведене доказе. Да би се десила ова ситуација потребно је да између два рочишта дође до измене у саставу судског већа. Пре најновијих измена и допуна члан 317. је изгледао другачије: „Ако се рочиште држи пред измењеним већем, главна расправа мора почети изнова, али веће може, пошто се странке о томе изјасне, да одлучи да се поново не саслушавају сведоци и вештаци и да се не врши нов увиђај, већ да се прочитају записници о извођењу доказа.” И претходна и нова формулација члана 317. говоре о томе да у случају да се рочиште држи пред измењеним већем, главна расправа мора да почне изнова и уређују одступање од овог правила. По ранијој одредби веће је могло да одлучи да се по-

⁷ Види члан 299. ЗПП.

⁸ Закон о изменама и допунама Закона о парничном поступку, *Службени гласник Р. Србије*, бр. 111/2009.

⁹ W. H. Rechberger/D. A. Simotta, *Zivilprozessrecht*, Беч 2005, стр. 181.

ново не саслушавају сведоци и вештаци и да се не врши нов увиђај, већ да се прочитају записници о извођењу ових доказа. Читање записника и избегавање отварања главне расправе је било факултативно. Суд је могао тој опцији да прибегне, али није морао. Коначно ранији члан 317. ЗПП је доследно испоштовао начело контрадикторности. Суд овакву одлуку није могао да донесе пре него што се странке о томе изјасне. Још једна разлика нам пада у очи: суд у новом саставу је морао да поново изведе доказ саслушањем странака, иако није био дужан да поново саслушава сведоке и вештаке, те да врши нов увиђај. По новом члану 317. суд у новом саставу не би морао да поново саслушава ни парничне странке. Да пођемо од ове последње разлике, пошто нам се чини да је једино у том сегменту измена члана 317. смислена.

Наш ЗПП дозвољава да се битне чињенице утврђују и саслушањем странака. Реч је о специфичном доказном средству које је преузето из англосаксонског права, а како би се заменио досадашњи систем страначких заклетви. Суд ће одлучити да се изведе доказ саслушањем странака ако не постоје други докази или кад и поред изведених других доказа оцени да је то потребно за утврђивање битних чињеница. Суд може да одлучи да се саслуша само једна странка, ако се уверио да противној странци, односно лицу које би уместо ње требало саслушати нису познате спорне чињенице, или ако саслушање те странке није могуће.

Узимајући у обзир чињеницу да су странке заинтересоване за исход спора, те да су стога њихови искази непоуздани, ЗПП допушта да се доказ саслушањем странака изведе само ако не постоје други докази којима би се могла утврдити нека чињеница. То значи да се код извођења доказа саслушањем странака поставља питање ко се све сматра парничном странком. Ово је нарочито интересно код неких процесних института, нпр. код супарничарства, односно код учешћа умешача на страни неке од парничних странака. Има тумачења према којима би се сваки супарничар, чијег се правног односа не тиче чињеница о којој се саслушава, морао третирати као сведок, а не као странка која се саслушава о тој чињеници.¹⁰ Наш ЗПП прописује да ако као странка у парници на једној страни учествује више лица, суду припада право да одлучи да ли ће се саслушати сва лица или само нека од њих.¹¹

Саслушање странака суд одређује по предлогу неке од странака. То је последица диспозитивног и расправног начела које доминантно обележава цео ток парничне процедуре. Одређивање извођења доказа саслушањем странака *ex officio* би представљало нарушавање расправног начела. У нашем праву до саслушања странака парничног поступка би могло да дође на два начина. Странка би

¹⁰ Тако С. Зуглиа, *Парнични процесни закони ФНРЈ*, Загреб 1957, стр. 355.

¹¹ Види члан 265. став 3. ЗПП.

могла да затражи од суда да се саслуша њен противник, или би обе странке могле заједно да предложе да се доказ изведе саслушањем странака. Резерва, односно суздржаност, коју законодавац има према саслушању странака, потиче одатле, што се не може дозволити једној странци да свој терет доказивања преваљује на начин што предлаже саслушање противне странке. Управо у томе лежи разлог због кога се саслушање странака квалификује као доказно средство нижег ранга, односно доказно средство којем се унапред исказује неповерење.¹²

Саслушање странака се примењује као доказно средство ако нема других доказа, односно ако је и поред постојања других доказа то неопходно ради утврђивања чињеница. Из тога се изводи супсидијарни карактер овог доказног средства. Супсидијарност значи да се извођење доказа саслушањем странака може одредити тек онда када су исцрпљени други извори сазнања. Странке јесу најпозваније да дају исказе о околностима спорног случаја, али се њиховим изјавама због постојања сопственог интереса не може поклонити поверење. Старо је правило *nemo iudex in causa sua*. Редовна је појава, да приликом извођења доказа саслушањем странака, странке остају при својим наводима. Тужилац понавља чињенице које је изнео у тужби, док тужени остаје при наводима из одговора на тужбу. Зато се полази од претпоставке да је доказ изведен саслушањем странака неупотребљив. Сама заинтересованост странака за исход спора чини их најнепоузданијим извором сазнања. Сведоци су ретко заинтересовани за исход спора, а странке су то увек.¹³ Поставља се питање какав је допринос тог доказног средства целокупном резултату доказног процеса, ако се странке слепо придржавају ранијих тврдњи.

Овакав ниподаштавајући третман доказа добијеног саслушањем странака треба довести у везу са изменом члана 317. ЗПП. Ако су странке најзаинтересованије за исход спора и ако су њихови искази пристрасни, те готово неупотребљиви, занима нас утицај промене састава судског већа на судбину већ изведеног доказа саслушањем странака. Како се саслушању странака прибегава изузетно, и како се на том саслушању парничне странке држе своје верзије догађаја, питамо се да ли би имало смисла поновити саслушање странака, након што је дошло до промене у саставу судског већа. Ако се и приликом одређивања извођења доказа саслушањем странака има у виду супсидијарност и занемарљив допринос сазнању чињеница, да ли би требало изнова саслушати странке након што се променило судско веће. Какве би се нове чињенице добиле на тај начин? Која је вероватноћа да приликом новог саслушања странака, странке ка-

¹² ЗПП не садржи правила о прерасподели терета доказивања. У кривичном поступку се питање прерасподеле терета доказивања решава у складу са принципом *in dubio pro reo*. Из тога произилази дужност суда да донесе ослобађајућу пресуду ако не стекне уверење да је оптужени кривично одговоран.

¹³ Б. Чалија, С. Омановић, *Грађанско процесно право*, Сарајево 2000, стр. 230.

жу нешто ново, а не исте оне наводе које су износиле у ранијем току поступка? Управо одговори на ова питања упућују нас на непотребност поновног саслушања странака у случају измене у саставу судског већа. Зато је у том делу измена члана 317. ЗПП оправдана.

Са сведоцима ствари стоје нешто друкчије. Сведоци на суду преносе запажања о чињеницама које су предмет доказивања. Са знање о некој чињеници може бити непосредно или посредством трећег лица. Услови за сведочење су различити од услова за стицање својства парничне странке. Сведок исказује о чињеници која је предмет доказивања, а не даје изјаву воље. Зато као сведок пред судом може да наступи и пословно неспособно лице.¹⁴ У улози сведока се може појавити само физичко лице. Као сведок се не може саслушати заступник странке, као ни судија, односно судија поротник у предмету у којем суди.

Сведоци се саслушавају усмено при чему не смеју присуствовати сведоци који ће се касније саслушавати. Сведок мора да одговара на питања усмено.¹⁵ Најпре се опомиње да је дужан да говори истину и да ништа не сме да прећути, а онда га суд упозорава на последице давања лажног исказа.¹⁶ Након постављања општих питања, од сведока се тражи да изнесе све о чињеницама о којима је позван да сведочи, а онда му се постављају питања у циљу допуне, проверавања или разјашњења. Сведок мора да се изјасни откуд му је познато оно о чему сведочи.¹⁷ Ако се искази сведока не слажу у погледу битних чињеница, суд може наредити њихово суочење. Тада се они понаособ саслушавају о свакој околности о којој се не слажу и њихов одговор се уноси у записник. Како постоји обавеза сведочења, то сведок који је уредно позван, а неоправдано изостане или се без одобрења или оправданог разлога удаљи са места где треба да буде саслушан, може бити принудно доведен и новчано кажњен.¹⁸ Када сведок након што је дошао и упозорен је од стране суда на последице, ускрати одговор на поједино питање, суд тог сведока, након што оцени да су разлози ускраћивања неоправдани, може да изрекне новчану казну. Суд може и да затвори сведока, ако он, након што је изречена новчана казна и даље одбија да сведочи.¹⁹

Узимајући у обзир цитиране законске одредбе јасно је колико значај за извођење доказа саслушањем сведока има доследно остварење начела непосредности. Сама чињеница да се сведоци саслушавају усмено, говори довољно о начину на који суд долази до релевантних чињеница путем овог доказног средства. Када то не би

¹⁴ Не тражи се другим речима, постојање парничне способности, као што је то случај код парничних странака.

¹⁵ Види члан 244. став 1. ЗПП.

¹⁶ Види члан 244. став 2. ЗПП.

¹⁷ Види члан 245. став 2. ЗПП.

¹⁸ Види члан 247. став 1. ЗПП.

¹⁹ Види члан 247. став 2. ЗПП.

био случај, сведоцима би било допуштено и да у писаној форми достављају своје исказе. Циљ усменог саслушавања сведока јесте да се омогући суду и парничним странкама, да постављањем питања и на други начин, оцене веродостојност исказа сведока. За суд је то од посебног значаја, а у вези са начелом слободне оцене доказа. Начело непосредности захтева да исти суд који је саслушавао сведоке, буде и суд који ће оценити веродостојност чињеница које су добијене на овај начин. Члан 35. Закона о изменама и допунама ЗПП то онемогућава. Ново судско веће отвара поново главну расправу, али се неће уверити у веродостојност исказа сведока који су сведочили пред ранијим већем, него ће поклонити поверење записнику о њиховом саслушању. Тако оцена сведочења коју је учинило раније судско веће заправо везује руке новоформираном судском већу. Ново веће се лишава права да само формира суд о исказима раније саслушаних сведока. Коначно, новом судском већу се ускраћује право да донесе судску пресуду на основу усменог, непосредног и јавног расправљања. Сведоци нису саслушани усмено, ново судско веће не може да стекне слику о психолошким стањима сведока док су одговарали на питања, те се мора везати за принцип, да онога што није записано заправо и нема. Суд не може другачије да цени исказе сведока, осим на основу непосредног утиска. Стога када ново судско веће чита записник о извођењу доказа саслушањем сведока, заправо се ослања на записник као на јавну исправу, а посредно и на правила која се везују за оцену доказне снаге јавне исправе.²⁰

Вештаци се као доказно средство употребљавају зато што располажу одређеним стручним знањем које је потребно за утврђивање битних чињеница и извођење закључака у погледу тих чињеница. Суд одређује извођење доказа вештачењем када је стручно знање потребно ради утврђивања или разјашњења неке чињенице, а суд овим стручним знањем не располаже.²¹ Вештачење се одређује по предлогу странке, која је дужна да назначи предмет и обим вештачења и да предложи лице са листе сталних судских вештака. Даје се првенство споразуму странака о лицу које треба да буде одређено за вештака, предмету и обиму вештачења. Ако споразума нема о томе одлучује суд.²² Суд може да без обзира на постојање споразума одреди другог вештака, ако сматра да је то потребно због сложености вештачења. Вештаци се првенствено одређују са листе сталних судских вештака, али се вештачење може поверити и стручној установи.²³

²⁰ Одступање од начела непосредности приликом саслушања сведока би имало смисла само када ово доказно средство треба извести пред замољеним судом. Тада је начело непосредности немогуће остварити или је то могуће учинити уз несразмерне трошкове.

²¹ Види члан 249. ЗПП.

²² Види члан 250. став 3. ЗПП.

²³ Види члан 251. став 3. ЗПП.

Вештачење се одређује решењем које садржи: име и презиме, занимање вештака, предмет спора, предмет и обим вештачења и рок за достављање налаза и мишљења у писаној форми.²⁴ Вештак доставља свој писани налаз и мишљење које мора бити образложено. Суд доставља странкама налаз и мишљење најмање осам дана пре рочишта за главну расправу.²⁵ Када вештак не достави налаз и мишљење у остављеном року, суд ће пошто истекне рок који је странкама остављен да се о томе изјасне, одредити другог вештака. Када су налаз и мишљење нејасни, непотпуни или противречни сами себи или утврђеним околностима, суд ће одредити вештака да их допуни, односно исправи налаз и мишљење и одредити рок за поновно достављање налаза и мишљења.²⁶ Ако је одређено више вештака, а они се у налазу и мишљењу не слажу, сваки вештак износи понаособ своје мишљење. Када су разлике у налазима и мишљењима тако драстичне или су поједини налази и мишљења нејасни, непотпуни или противречни, а не могу се отклонити поновним са слушањем вештака, обновиће се вештачење са истим или другим вештацима.²⁷

Наведени чланови ЗПП разрађују ситуације које су врло реалне а односе се на мањкавости, односно противречности у налазима и мишљењима вештака. Налаз и мишљење који делују логички кохерентно једном судском већу, могу да буду нејасни и противречни из угла новог судског већа. То ново судско веће, услед ступања на снагу Закона о изменама и допунама ЗПП нема инструменте да те противречности отклони, јер ниједну од мера које ЗПП предвиђа не може да примени. Ново судско веће се тако везује за оцену ранијег судског већа о налазу и мишљењу вештака. Вештак свој налаз и мишљење доставља суду пре расправе, а суд га мора доставити странкама најмање осам дана пре рочишта за главну расправу. Ово правило ЗПП је у директној вези са начелом контрадикторности.²⁸ Странке, али и суд, имају право да заузму став о налазу и мишљењу вештака. Због члана 35. Закона о изменама и допунама ЗПП, то право нема ново судско веће.

Увиђај је доказно средство које подразумева утврђивање постојања неке чињенице непосредним чулним опажањем од стране суда. Суд при томе може користити било које чуло, према природи чињенице која се утврђује.²⁹ Посреди је најпоузданија метода за утврђивање чињеница, јер једино код овог доказног средства нема посредника између суда и чињеница које су предмет доказивања. У том смислу овде имамо присутну непосредност и у вези са односом

²⁴ Види члан 256. став 1. ЗПП.

²⁵ Види члан 257. став 2. ЗПП.

²⁶ Види члан 258. став 2. ЗПП.

²⁷ Види члан 259. став 2. ЗПП.

²⁸ Види члан 7. став 4. ЗПП.

²⁹ Сам назив доказног средства упућује да се ради о чулу вида.

суда према извору сазнања. Уношење посредника само води повећању непоузданости. Суд прибегава извођењу доказа увиђајем да би се утврдила својства неког предмета која су од значаја за решење спора или да се дође до трагова који указују на постојање неких чињеница. Када оцена својстава неке ствари захтева стручно знање којим суд не располаже, за вршење увиђаја се узима вештак, па се ту заједнички примењују ова два доказна средства.³⁰ Суд ће извршити увиђај ако се ствар коју треба разгледати не може донети у суд или би њено доношење прузроковало знатне трошкове.³¹ По ранијим законима је у напред описаној ситуацији веће давало овлашћење председнику већа да изврши увиђај. Мислимо да то треба прихватити и данас јер законодавац не користи доследно реч „суд“ у тексту ЗПП. То значи да се тада не примењује начело непосредности у свом пуном значењу. Када треба разгледати ствар која се налази код једне од странака или код трећег лица сходно ће се применити одредбе овог закона о прибављању исправа (чл. 232—235).

Чланом 35. Закона о изменама и допунама ЗПП, уколико је након извршеног увиђаја дошло до промене у саставу судског већа, веће доноси одлуку да се прочита записник о раније извршеном увиђају. Како је код извођења доказа увиђајем начело непосредности израженије, то је пропис којим се налаже читање записника о увиђају извршеном од стране ранијег већа, драстичније обесмишљавање овог принципа него што је то случај код вештачења, саслушања сведока и саслушања странака. Коришћење овог доказног средства захтева одсуство посредника између странака и суда, а законодавац цитираном изменом дерогира саму природу увиђаја. Као посредник се између новог судског већа и предмета увиђаја умеће раније судско веће са записником о извршеном увиђају. Одредба о читању записника о раније извршеном увиђају лишава ново судско веће права да стекне непосредан утисак о својствима саме ствари која је предмет увиђаја, а без тога није могуће доношење одлуке. У контексту измењеног члана 317. ЗПП не може се више говорити о увиђају као непосредном чулном опажању од стране суда, јер свака промена судског већа, након извршеног увиђаја, уместо ствари која треба да буде предмет увиђаја, помера тежиште на записник ранијег већа о већ извршеном увиђају.

Законодавну интервенцију у члану 317. ЗПП треба довести у везу са правилом о настављању одложеног рочишта пред истим већем, које је остало неизмењено. У случају одлагања рочишта, ново рочиште се држи по могућности пред истим већем. Ако се ново рочиште држи пред истим већем, главна расправа ће се наставити и председник већа ће укратко изложити ток ранијих рочишта, али у овом случају веће може одлучити да расправа почне изнова.³² Глав-

³⁰ Види члан 227. став 2. ЗПП.

³¹ Види члан 228. ЗПП.

³² Види члан 316. ЗПП.

на расправа у случају настављања одложеног рочишта пред истим већем може да почне изнова, при чему се законодавац не изјашњава о судбини изведених доказа: саслушања странака, сведока, вештака и извршеног увиђаја. И у случају одлагања рочишта за главну расправу, без обзира на то што је састав судског већа остао исти, може се озбиљно довести у сумњу остварење начела непосредности. Овде се ради о временској димензији тог начела. Веће јесте остало исто, али утисак о веродостојности изведених доказа је избледео. Ситуација је још драматичнија ако се има у виду учесталост заказивања рочишта у нашој судској пракси. Веће је задржало исти састав, али је протек времена учинио своје. Члан 316. ЗПП који није био погођен изменама говори о обавези председника већа да укратко изложи ток ранијих рочишта, али веће исто тако може да донесе одлуку о поновном отварању главне расправе. Не говори се о дужности суда да допусти парничним странкама да се о томе претходно изјасне. Суд тако у случају настављања одложеног рочишта пред већем истог састава може донети одлуку да се главна расправа изнова отвори чиме није изведена довољно јасна разлика у односу на ситуацију када се рочиште за главну расправу наставља пред већем измењеног састава.

Сви аргументи које смо изнели, а који се односе на редукцију принципа непосредности, добијају још више на снази ако се поступак води пред судијом појединцем, па у току поступка дође до његове промене. Ова ситуација је сасвим реална и честа, нпр. ако се ради о судији појединцу који није поново изабран. Тада би заиста читање записника о изведеним доказима пред ранијим судијом појединцем укинуло право странке на усмену, непосредну и јавну расправу. Посебно треба имати у виду да су изменама и допунама ЗПП (супротно Уставу) готово елиминисане судије поротници из вршења парничног правосуђа.

III

Чланом 33. Закона о изменама и допунама ЗПП измењен је члан 279. ЗПП, тако да су после става 1. додати ставови 2. и 3. Ставом 2. је уведено да судијски помоћници могу самостално, ради припреме за предузимање потребних мера и одлука предвиђених у овом закону (члан 278. и члан 279. став 1), односно ради организовања припремног рочишта или првог рочишта за главну расправу, обављати послове претходног испитивања тужбе. Пре заказивања рочишта, они могу позвати странке, односно њихове пуномоћнике ради узимања потребних изјава, прибављања потребне документације у циљу разјашњења појединих питања, као и обављати друге послове који се односе на управљање поступком. У ставу 3. је прецизирано да судијски помоћници могу обављати послове из става 2.

овог закона и у поступку по правним лековима.³³ Отишло се доста даље у односу на Закон о уређењу судова који у члану 58. прописује да судијски помоћник помаже судији, израђује нацрте судских одлука, проучава правна питања, судску праксу и правну литературу, израђује нацрте правних схватања, усвојена правна схватања припрема за објављивање и самостално или уз надзор и упутства судије врши послове одређене Законом и Судским пословником.

На овај начин је начело непосредности још више изгубило на значају. Ове измене доводе у питање остваривање гаранција из члана 6. Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода (у даљем тексту: ЕКЉП), односно проблематизују остваривање права странака да о њиховим субјективним грађанским правима одлучи суд у законом прописаном поступку. Напред описане измене и допуне измене члана 279. ЗПП не могу се ни помирити са уставним начелима нашег правног поретка. Судови су самостални и независни у свом раду и суде на основу Устава, закона и других општих аката, када је то предвиђено законом, општеприхваћених правила међународног права и потврђених међународних уговора.³⁴ Расправљање пред судом је јавно и може се ограничити само у складу с Уставом.³⁵ У суђењу учествују судије и судије поротници, на начин утврђен законом.³⁶ Посебно се одступање од начела непосредности због давања наведених овлашћења судијским помоћницима може сагледати на примеру пресуде на основу пропуштања. Судијски помоћник је обавио посао претходног испитивања тужбе, а онда је судија донео пресуду на основу пропуштања ослањајући се на закључке до којих је дошао судијски помоћник у фази претходног испитивања тужбе.³⁷

У другостепеном поступку је готово доминантно начело посредности. По правилу се о жалби одлучује без главне расправе. Осим предлога за понављање поступка, коришћење ванредних правних

³³ Новелом ЗПП Хрватске из 2003. године, судски саветници су добили овлашћење да у првостепеном парничном поступку где вредност предмета спора не прелази 50.000 куна, односно у привредном спору где вредност предмета спора не прелази 500.000 куна, воде парнични поступак, оцењују доказе и утврђују чињенице. Након тога они подносе суду којег овласти председник суда писани предлог на основу кога се доноси одлука. Види С. Трива/М. Дика, *истио*, стр. 226. У Аустрији *Rechtspfleger* води поступак за издавање платног налога, ставља и укида клаузулу правноснажности и извршности, поступа по захтеву другог аустријског суда за пружање помоћи, води земљишну књигу и регистар привредних друштава и има доминантну улогу код одређених средстава извршења. Насупрот томе, судска канцеларија *Geschäftsstelle* обавља несудске послове. Види W. A. Rechberger/D. A. Simotta, *истио*, стр. 21.

³⁴ Види члан 142. став 2. Устава Србије.

³⁵ Види члан 142. став 3. Устава Србије.

³⁶ Види члан 142. став 4. Устава Србије.

³⁷ Да би се пресуда на основу пропуштања могла донети потребно је да су испуњене све оне процесне претпоставке које омогућују суду да се упусти у мериторно одлучивање.

лекова је везано за начело посредности. У поступку по жалби посредност је значајна утолико што другостепени суд може да преиначи првостепену пресуду, без одржавања расправа између осталог, ако је првостепени суд погрешно оценио исправе или посредно изведене доказе, а одлука суда је заснована искључиво на тим доказима.³⁸ Однос посредности између суда и доказних средстава тада постоји и у првостепеном и у другостепеном поступку. Ако се ради о непосредно изведеним доказима у првом степену, тада ће и другостепени суд бити у прилици да одржи начело непосредности.

Недоследност концепта који је законодавац имао на уму види се и по пропуштању да се уреди једно важно питање — судбина доказа који су изведени у другом судском поступку а који се односе на спорне чињенице из парничног поступка. У аустријском праву се тада може прочитати записник или налаз вештака из ранијег поступка. Ако странке нису учествовале у ранијем поступку за читање записника се тражи њихова изричита сагласност.³⁹ Ово је једна ситуација у којој се одступање од начела непосредности може размотрити али се то није урадило.

Законодавац је драматично ограничио примену начела непосредности, у току првостепене главне расправе, али и давањем одређених овлашћења судијским помоћницима на начин који је у супротности са ЕКЈП али и уставним принципима о судској заштити права. Једино што није измењено јесте санцкија за одступање од начела непосредности. Упркос све мањем значају и обиму примене, повреда начела непосредности представља и даље апсолутно битну повреду одредаба ЗПП.⁴⁰

Све ово указује да измене ЗПП нису имале за циљ само усклађивање са Уставом и законима којима се уређује нова организација судства. Искоришћена је прилика да се унесе пометња у поједина начела парничног поступка. Као и у ранијим ситуацијама када су мењани процесни закони, у циљу обезбеђења ефикасности поступања и овом приликом су занемарени задаци и принципи парничне процедуре. Прокламовањем идеје „ефикасност пре свега”, осакаћена су нека друга начела, а пре свега начело непосредности. Пошло се од законске одредбе по којој главна расправа треба да се заврши на једном рочишту, али се заборавља да та одредба ЗПП није проистекла из императива ефикасности, већ управо из начела непосредности, тј. захтева да исти онај суд пред којим су изведени докази, буде истовремено и суд који ће да оцењује доказе, те да одмах након оцене доказа, закључи главну расправу и донесе пресуду. За-

³⁸ Види члан 380. став 1. тачка 2. ЗПП.

³⁹ W. H. Rechberger/D. A. Simotta, *истио*, стр. 182.

⁴⁰ Види члан 361. став 2. тачка 2. ЗПП: „Битна повреда одредаба парничног поступка увек постоји ако је суд био непрописно састављен, или ако је судио судија који је по закону морао бити изузет, или ако је у доношењу пресуде учествовао судија који није суделовао на главној расправи.”

то нема никаквог смисла да ново судско веће чита записнике о извођењу појединих доказа пред ранијим судским већем. Тиме се изиграва одредба члана 4. став 1. ЗПП, о одлучивању на основу усменог, непосредног и јавног расправљања, јер нови суд као подлогу доношења одлуке не узима резултате доказа који су непосредно пред њим изведени и оцењени, већ записнике као сведочанство о извођењу тих доказа пред ранијим већем.

LIMITATION OF THE PRINCIPLE OF DIRECTNESS IN THE CIVIL PROCEDURE

Nikola Bodiroga, Ph.D.

Docent of the Faculty of Law in Belgrade

Summary

The aim of the last changes of the Law on Civil Procedure was to bring it in line with the Constitution and judicial organizational laws. However the legislator used an opportunity to amend some of the significant principles of the civil procedure. The court decides in the civil lawsuit based on the oral, direct and public hearing; however the principle of directness has been significantly limited by the last changes of the Law on Civil Procedure. That may be seen especially in the provisions of the Law on Civil Procedure that relate to holding of a hearing before the panel with the different composition and provisions that relate to the postponement of the hearing. By granting significant powers in the civil procedure to the judicial assistants, the Constitution of Serbia and European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms have been disregarded. Although the principle of directness in the civil procedure is almost destroyed, its violation is still considered as an absolute major infringement of the Civil Law Procedure provisions.

Keywords: directness — limitation — Serbian Constitution — ECHR