Г Л А С Н И К

А Д В О К А Т С К Е К О М О Р Е В О Ј В О Д И Н Е

Ч А С О П И С З А П Р А В Н У Т Е О Р И Ј У И П Р А К С У

Година LXXXVIII

Нови Сад, април 2016.

Књига 76

Број 4.

Ч Л А Н Ц И

UDC 347.91/94 (497.11)

Dr Strahinja Davidov,
advokat u Novom Sadu

DVE KRITIČKE BELEŠKE O ZAKONU O PARNIČNOM POSTUPKU*

SAŽETAK: Šiljak autorove kritike usmeren je na dva, po nje-mu, karakteristična obeležja važeće parnične procedure: jezik za-kona i koncept dokazivanja determinisan odredbama čl. 308. i 314. ZPP. Prvi deo rada prožima teza da je zanemarivanje jezičke kulture kulminiralo baš u ovom propisu, protežiranjem jednog provincija-lizma u jezičkom izrazu oličenom u upotrebi veznika „da” u kom-binaciji sa prezentom i u situacijama u kojima bi se morao koristiti infinitiv. Suprotno tome, autor smatra da su za potrebe diferencira-nja sadržine iskaza podjednako potrebna oba oblika i to potkrepljuje brojnim relevantnim primerima.

Druga kritika predstavlja svojevrsnu trilogiju budući da se odredbe čl. 308. i 314. ZPP sagledavaju iz tri različita ugla: a) sa aspekta načela efikasnosti, b) sa stajališta Lumanove teorije pravne procedure i c) u svetlu Radbruchovog shvatanja ideje prava. Iako se u njima operiše različitim argumentima, sva tri ogleđa daju identičan rezultat – nesolidnost odredbi kojima je određena priroda dokaznog postupka.

Кljučне речи: jezik zakona, jezička kultura, efikasnost, pravda, legitimitet odluka

* Рад примљен 18. 11. 2015. године.

SAKAĆENJE JEZIKA

„U početku beše reč, jer sa njom je čovek postao čovek” – veli Djurant, pa sumirajući značaj jasnog izražavanja misli poentira retorskim pitanjem: „Da li je ikada, po snazi i slavi, neki pronalazak bio ravan zajedničkoj imenici?”¹ Sokrat je zacelo ovo imao na umu kada je od sagovornika zahtevao da što preciznije definišu svoje pojmove. Jer, govor je prenosnik misli ili, kako kaže Humbolt, jezik je tvorbeni organ mišljenja.² Dakle, jezik je osnovno sredstvo pomoću kojeg se odvija saobraćaj unutar i između društvenih zajednica. „Nastali zajedno, društvo i jezik samo tako i opstaju: jedno bez drugog izgubilo bi mogućnost svog postojanja.”³

U ovom kontekstu veličanja jasnog izražavanja interesantna je Kalveova teza da jezik kao instrument komunikacije ima unutrašnju tendenciju da „sistematski teži ka saobraćavanju sa pravilnim i ka pojednostavljivanju”⁴. Po ovoj teoriji, jezici tokom istorije nisu postajali ni komplikovaniji, ni jednostavniji, nego su se prosto kodifikovali.⁵ Proces o kojem govorimo se u jednom društvu može pospešivati i veštački: organizovanim negovanjem jezičke kulture. U navedeni pojam, između ostalog, potpada i „izbegavanje dijalektizama, provincijalizama, žargonizama i slične nestandardne leksike i frazeologije”⁶. Na taj način se doprinosi jasnosti, pravilnosti i čistoti jezika.

Da poželjnost ovih osobina osobito dolazi do izražaja prilikom stvaranja obaveznih pravila ponašanja, očigledna je istina koju ne treba posebno dokazivati.⁷ Zakon bi trebalo da bude remek-delo sistematskog izlaganja, logičnosti i jasnoće, u kojem će istovremeno biti sačuvan osećaj za tanane razlike. Zato je stvaralac normi obavezan da upotrebljava stil i reči koje je najlakše razumeti. Ali, podseća Gogolj, „do jednostavnosti treba narasti”⁸.

Prethodni redovi odredili su perspektivu iz koje ćemo posmatrati aktuelni Zakon o parničnom postupku. Dakle, u uskoj žiži kritike ovog propisa nalazi se zanemarivanje principa jezičkog izražavanja. Mimogred napominjemo da je pitanje kvarenja jezika (u zakonskim tekstovima) ovlaš dotaknuto u kovitlacu kritike Zakonika o krivičnom postupku iz 2006. godine. Ovom propisu zamera-

¹ V. Djurant, *Istočne civilizacije*, Narodna knjiga, Beograd, 1995, 83.

² V. fon Humbolt, *Uvod u delo o Kavi jeziku i drugi ogledi*, Književna zajednica Novog Sada – Dnevnik, Novi Sad, 1988, 115.

³ R. Bugarški, *Jezik u društvu*, Prosveta, Beograd, 1986, 15.

⁴ L. Ž. Kalve, *Rat među jezicima*, Biblioteka XX vek, Beograd, 1995, 17.

⁵ *Ibid.*, 18.

⁶ R. Bugarški, *op. cit.*, 76.

⁷ O tome videti L. Fuller, *Moralnost prava*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu – Centar za publikacije, Beograd, 2001, 80.

⁸ Lj. Iv. Jović, *Jezik zakona*, Zavod za udžbenike i nastavna sredstva, Beograd, 1995, 101.

ne su dugačke i složene rečenice, česti pleonazmi i nepotrebna upotreba stranih reči. Još tada su se mogla čuti upozorenja da srpski zakonodavac kontinuirano zapostavlja ono što smo ovde nazvali jezičkom kulturom. Međutim, Zakon o parničnom postupku iz 2010. godine je doneo jednu novinu u jezičkom izrazu, kako u odnosu na svoje prethodnike tako i u odnosu na druge važeće propise. Reč je, naime, o obliku izražavanja koji je Kulenović identifikovao kao jedan nepotreban *bugarizam* u govoru Srba i pežorativno ga označio kao „dakanje”.⁹ Radi se, u stvari, o izbegavanju upotrebljavanja infinitiva čak i u situacijama u kojima je on obavezan i, umesto toga, korišćenja veznika „da” plus prezent.

Od takvog „dakanja” sve ječi u navedenom propisu. Približićemo ovo s nekoliko primera.

Odredba, koja je oduvek glasila: *Sud neće dozvoliti raspolaganja strana-ka koja su u suprotnosti sa prinudnim propisima, javnim poretkom i pravilima morala*, sada glasi: *Sud neće da dozvoli raspolaganja stranaka koja su u su-protnosti sa prinudnim propisima, javnim poretkom, pravilima morala i dobrim običajima*. Još jedan karakterističan primer odnosi se na odredbu čl. 380. st. 3. ovog zakona, koja je svoj nekadašnji oblik: *Neblagovremeno podnesen od-govor na žalbu drugostepeni sud neće razmatrati*, ustupila sadašnjem obliku: *Neblagovremeno podnet odgovor na žalbu drugostepeni sud neće da razmatra*. Umesto ranije zapovesti: *Sud ne može odbiti da odlučuje o zahtevu za koji je nadležan*, sada stoji konstatacija: *Sud ne može da odbije odlučivanje o zahte-vu za koji je nadležan*. Sa jedva nešto preterivanja možemo konstatovati da je zakon najdosledniji u pogledu „dakanja”. Tako sada „sud će po službenoj du-žnosti da se oglasi mesno nenadležnim...” (čl. 19), „sud će da ustupi predmet nadležnom sudu” (čl. 20), „sud će po službenoj dužnosti da pazi...” (čl. 79), „sud će da odredi rok...” (čl. 80), „sud će da postavi tuženom privremenog za-stupnika...” (čl. 81.), „ako je podnesak... nerazumljiv ili nepotpun, sud će da ga odbaci”, „sud će... da oceni da li će da uzme...” (čl. 230. st. 3), „sud će tužbu da dostavi tuženom na odgovor” (čl. 296), „sud će da odluči koja će dokazna sredstva da izvede na glavnoj raspravi” (čl. 308. st. 3), i tako dalje.

„Dakanja”, međutim, nema u drugim propisima. Zakon o izvršenju i obezbeđenju¹⁰, na primer, govori: *Sudija će rešenjem odbaciti neblagovremen, nepotpun ili nedozvoljen prigovor* (čl. 45), a ne govori: *Sudija će rešenjem da odbaci neblagovremen, nepotpun ili nedozvoljen prigovor*. „Sud može odlučiti da se sprovede jedinstven postupak...” stajalo je u ZKP iz 2001. godine,¹¹ a ne: sud može *da odluči* da se sprovede jedinstveni postupak. Nepotrebnog dakanja nema ni u aktuelnom Zakonu o krivičnom postupku.¹² Tako ovaj propis defini-

⁹ S. Kulenović, *O jeziku u Miscellanea I*, Svjetlost, Sarajevo, 1983, 171.

¹⁰ *Službeni glasnik RS*, br. 31/2011.

¹¹ *Službeni list SRJ*, br. 70/2001.

¹² *Službeni glasnik RS*, br. 72/2011.

šući pravilo *ne bis in idem* (čl. 4) kaže: *Niko ne može biti gonjen za krivično delo za koje...*, a ne kaže: *Niko ne može da bude gonjen*. Kad reguliše razdvajanje postupka (čl. 31) Zakon ovu mogućnost saopštava u obliku: *sud može odlučiti*, a ne u obliku: *sud može da odluči*. Zakon o javnoj svojini¹³ – nasumično uzimamo primere – obaveštava da „izgradnja, održavanje i korišćenje mreža u javnoj svojini **moгу biti** predmet koncesija” (čl. 11), a ne kaže da navedeni poslovi **moгу da budu** predmet koncesija. Ovde možemo, uprkos neskrivanoj naklonosti prema Bekonovim metodima, prestati s praktikovanjem indukcije i prosto konstatovati da u celokupnom domaćem pravnom sistemu nama jedini poznati slučaj uvođenja „dakanja” u zakonopisanje predstavlja novi Zakon o parničnom postupku.

Podela na „dakavce” i „infiniteve” iritirala je Kulenovića koji je smatrao da su za potrebe diferenciranja sadržine iskaza potrebna oba oblika, i da se ne sme dozvoliti da se zanemarivanjem nijansi stvore dva alternativna jezička iznakaženja.¹⁴ To je demonstrirao na sledećem primeru: Rečenica *Posle ručka neću da spavam* ne samo što govori da radnja neće uslediti, nego implicira i razlog zašto do nje ne dolazi – zbog sopstvenog subjektivnog htenja. S druge strane, iskaz *Posle ručka neću spavati* predstavlja „čisti futur, tvrdnju da će određena radnja izostati i – ništa više.”¹⁵ Između ova dva oblika, primećuje Kulenović, može postojati podebela nijansa razlike jer prvi izražava nameru, htenje onoga koji iskazuje, dok drugi oblik sugerise dužnost, činjenje koje se mora preduzeti možda i nasuprot ličnom raspoloženju davaoca iskaza.

Vratimo se sada ponovo odredbi zakona koja zabranjuje nedozvoljena raspolaganja stranaka i razmotrimo je u svetlu napred iznetog. Odredba koja koristi infinitiv – *sud neće dozvoliti raspolaganja stranaka koja su...* – ustanovljava dužnost, naredbu da se apstraktna volja zakonodavca ima bespogovorno i mehanički poštovati u svakom budućem slučaju takve vrste. Aktuelna odredba pak, koja kaže da *sud neće da dozvoli raspolaganja stranaka* nema ni blizu tako jasan smisao. Ona ukazuje na subjektivnost i izgleda kao kukanje što sud, iz nekih svojih razloga, možda i neopravdanih, ili iz čistog kaprica, neće – iako bi mogao – da dozvoli određena raspolaganja stranaka. To je još očiglednije s normom: *Neblagovremeno podnet odgovor na žalbu drugostepeni sud neće da razmatra*. Pogađamo da je namera zakonodavca bila da stvori imperativnu normu, koja će sud obavezivati u svakom takvom slučaju. Međutim, ovako iskazana, misao nosi drugu poruku tj. prenosi subjektivno držanje suda koji neće da razmatra određenu vrstu prigovora. Očigledno je, dakle, da je aktuelna odredba *dvoznačna* i u zakonima – iako je pravnicima praktičarima jasno šta je zakonodavac imao na umu – takvu nepreciznost treba izbegavati.

¹³ *Službeni glasnik RS*, br. 72/2011.

¹⁴ S. Kulenović, *op. cit.*, 176.

¹⁵ *Ibid.*, 172.

Ove „nijanse” odlično je uočavao ZKP iz 2001. godine. Demonstriraćemo to na sledećim primerima:

U odredbi „*U toku ili po završetku glavnog pretresa, veće će rešenjem odbaciti optužnicu, ako utvrdi: 1) da sud nije stvarno nadležan, ...*” (čl. 349), radi se o čistom futuru tj. prostoj konstataciji da će sud u svakom slučaju kada nije stvarno nadležan doneti rešenje kojim se optužba odbacuje. S druge strane, iskaz: „*Oštećeni, oštećeni kao tužilac i privatni tužilac imaju pravo da razmatraju spise i razgledaju predmete koji služe kao dokaz*” (čl. 60. st. 3), direktno ukazuje na jedno subjektivno pravo koje može, ali ne mora biti realizovano, u zavisnosti od volje njegovog titulara. Korišćenje infinitiva u ovom drugom slučaju („imaju pravo razmatrati”) predstavljalo bi drugu krajnost (tzv. infinitovanje, koje podrazumeva upotrebu infinitiva i u situaciji kada je prikladnije koristiti veznik „da” u kombinaciji s prezentom). Ili drugim rečima, predstavljalo bi drugi pol jedne iste devijacije.

Insistiranje na spomenutom jezičkom obliku („da” plus prezent) i u slučajevima kada postoje adekvatnije forme izražavanja ima ogroman nedostatak i sa aspekta same estetike.¹⁶ Ovu vrstu nesolidnosti lako uočava uvo koje je dovoljno odmaknuto i od bugarskog „dakanja” i od germanskog „infinitovanja” (koje s jednakim slepilom protežiraju Hrvati). U tom kontekstu se slažemo s Kulenovićem koji smatra da insistiranje na samo jednom od ovih oblika predstavlja jezičko nasilje i da treba delovati u smislu prirodnog, a to znači najkorisnijeg i najlepšeg kristalisanja jezika.¹⁷

JEDNA PREŠIROKA DOKAZNA ZABRANA

U fokusu druge kritike nalazi se koncept dokazivanja determinasan odredbama čl. 308. st.1. i 314. ZPP. Po aktuelnom Zakonu, stranka je dužna da u odgovoru na tužbu a najkasnije na pripremnom ročištu, odnosno na prvom ročištu za glavnu raspravu u sporovima u kojima se ne održava pripremno ročište, iznese *sve* (kurziv naš) činjenice kojima potkrepljuje svoju tezu i predloži sve dokaze kojima se te činjenice utvrđuju (čl. 308. st. 1). Nove činjenice i dokaze stranke mogu iznositi i posle *samo ako* (kurziv naš) učine verovatnim da ih bez svoje krivice nisu mogle izneti u napred navedenom roku (čl. 314). Pošto je stara istina da značenje onog što se posmatra ponajviše zavisi od svetlosti po-

¹⁶ Ovo je najlakše ilustrovati na primeru odredbe čl. 305. st. 3, poređenjem njenog sadašnjeg oblika „Sud će da upozna stranke sa njihovim pravom da spor mogu *da reše* medijacijom” sa oblikom koji bi imala ukoliko bi sledili logiku izražavanja u drugim pozitivnim propisima: Sud će *upoznati* stranke sa njihovim pravom da spor mogu *rešiti* medijacijom.

¹⁷ S. Kulenović, *op. cit.*, 171.

gleda onoga ko posmatra, ove ćemo odredbe sagledati iz tri različita ugla: a) sa aspekta načela efikasnosti, b) sa stajališta Lumanove teorije pravne procedure i c) u svetlu Radbruhovog shvatanja ideje prava.

Akcenat na efikasnosti

Savremenim svetom, ocenjuje Hobsbaum, dominiraju dva povezana kretanja: vrtoglav tehnološki napredak i globalizacija.¹⁸ Tehnološka revolucija je omogućila zgušnjavanje krupnih promena u društvenim odnosima u kratak vremenski period i drastično uvećala njihovu kompleksnost. Pošto, kako vole da kažu liberali, „talas koji raste podiže sve brodove”, na području prava to je indukovalo dve, u mnogo čemu oprečne tendencije: potrebu pravnog sistema da neprestano uvećava sopstvenu kompleksnost kako bi mogao odgovoriti sve većoj složenosti društvenih odnosa koje treba regulisati u globalnom industrijskom društvu, ali i potrebu da se pravosnažnom odlukom što pre uspostavi nepovrediva baza za dalji razvoj društveno-ekonomskih odnosa. A sporost je, kao što znamo, jedan od najstarijih prigovora sudskom postupku i njegova hronična boljka. Odgođena pravda – oduvek se verovalo – uskraćena je pravda. No, iako ova tendencija nije nova, ipak je progresivno redukovanje prava na pitanje puke efikasnosti značajna novina, pogotovo ako se ima u vidu da je u poslednja dva veka efikasnost bila u senci važnosti prava, koja se smatrala njegovim glavnim obeležjem. Danas se stvar okrenula pa je efikasnost prioritet, dok „važnost, ono po čemu se moderno pravo prepoznaje, iščezava i postaje predmet rasprave u pravnim udžbenicima kao relikat prošlosti slične prirodnom pravu”¹⁹. Ipak, ažurnost u postupanju ne može biti samo sebi cilj. Mnoštvo je razloga zbog kojih je važno *i kako sudiye presuđuju slučajeve*. Tu je važnost najlakše uočiti iz perspektive onog koji je upućen da od suda ište pravdu. Tada postaje jasno zašto je Hand, jedan od najčuvenijih sudija u Americi, umeo da kaže da se više boji sudskog spora nego smrti ili poreza. „Jedan jedini argument”, pojašnjava ovo Dvorkin, „koji možda ne bi proizveo tako snažan utisak na nekog drugog sudiju ili čak na tog istog sudiju ali nekog drugog dana, može pretvoriti dostojanstvo u propast.”²⁰ Govoreći o istom fenomenu, Karbonije citira pitanje iz Hamletovog monologa: „*Jer ko bi podnosio ... nepravde silnih i zlostave gordih?*” – zaključujući da je nemoguće u manje reči sugerisati svu težinu prava i birokratije.²¹

¹⁸ E. Hobsbaum, *Demokratija, globalizacija i terorizam*, Arhipelag, Beograd, 2008, 8.

¹⁹ K. Duzinas, *Ljudska prava i imperija – politička filozofija kosmopolitizma*, Službeni glasnik, Beograd, 2009, 173.

²⁰ R. Dvorkin, *Carstvo prava*, „Filip Višnjić”, Beograd, 2003, 11.

²¹ Ž. Karbonije, *Pravna sociologija*, Izdavačka knjižarnica Zorana Stojanovića Sremski Karlovci, Novi Sad, 1992, 54.

Naša je teza da je nekritičko zagovaranje „efikasnog postupka” u odredbama koje su predmet ove analize dostiglo stadijum komične ekstaze, a u redovima koji slede pokušaćemo da objasnimo ovu bodljikavu tvrdnju. Parnica je, kao što kaže Karbonije, „pravni oblik relacije sukoba, *spor* pogodan da bude razrešen odgovorom prava”²². Jedna od karakterističnih crta sudskih postupaka, zaključuje Luman, jeste „da se u njima postupa kontradiktorno, da je dakle dopušteno da jedan radi protiv drugog”²³. Prema tome, rešenje spora proizlazi iz organizovanog sukoba dve suprotstavljene teze. U parnici se, dakle, objektivnosti teži pomoću subjektivnosti, tako što konfrontiraju dve suprotstavljene subjektivnosti.²⁴ Doduše, preganjanje stranaka ne može ići u nedogled. Jer, parnica je i sistem, a sistem je uvek selektivna slika okoline, subjektivno gledanje na svet koje među mogućnostima sveta bira i smatra značajnim samo malobrojne relevantne činjenice. I upravo ta redukcija omogućava sistemima smislenu orijentaciju delovanja.²⁵ U sudskom postupku se, prema tome, teži specifikaciji sukoba. Time se stvaraju mali pregledni sistemi, zajednička ograničena tematika i funkcionalna diferencijacija položaja učesnika u odnosu na tu tematiku.²⁶ Drugim rečima, stranka od čije dispozicije zavisi pokretanje parnice ovlašćena je da utvrdi i temu raspravljanja – predmet spora. Od nje zavisi da li će parnicu pokrenuti, kada i o čemu. Ali u okviru tako postavljenih koordinata bespogovorno vlada načelo kontradiktornosti, koje parnici daje takmičarski karakter i predstavlja osnovnu propulzivnu silu procesa. Sporne odredbe, međutim, nasilno zaustavljaju kompetitivni tok parnice i nastoje da činjenično stanje redukuju isključivo na činjenice koje su istaknute u tužbi odnosno u odgovoru na tužbu. Time se poništava osnovno svojstvo *procesa* – kretanje, koje sa sobom nosi nepredvidivost i neizvesnost. A upravo na neizvesnosti počiva savremeno shvatanje legitimacije odluka, budući da ona predstavlja snagu koja pokreće stranke da učestvuju u ceremonijalu postupka i time priznaju važenje normi i institucija.²⁷

Ovaj neotesani akt fiksiranja procesa koji, po našem rasuđivanju, nosi sa sobom samo negativne implikacije, otkriva još i nepoverenje zakonodavca u sudove. Naime, načelo efikasnosti nije izum arhitekta aktuelnog postupka. Ono je svoje mesto imalo i u kompoziciji ranije važećih procedura. Tako je, na primer, Zakon o parničnom postupku iz 1977. godine (*Službeni list SFRJ*, br. 004/1977) propisivao dužnost stranaka da se procesnim pravima savesno koriste (čl. 9), a od suda tražio da nastoji da se postupak sprovede bez odugo-

²² Ž. Karbonije, *op. cit.*, 137.

²³ N. Luman, *Legitimacija kroz proceduru*, Naprijed, Zagreb, 1992, 97.

²⁴ Ž. Karbonije, *op. cit.*, 208.

²⁵ N. Luman, *op. cit.*, 53.

²⁶ *Ibid.*, 99.

²⁷ *Ibid.*, 109.

vlačenja i sa što manje troškova, kao i da sprečava svaku zloupotrebu prava koja strankama pripadaju u postupku (čl. 10). U svetlu takvih normi, koje sud ovlašćuju da deluje u skladu sa konkretnim okolnostima svakog pojedinačnog slučaja potencijalne zloupotrebe procesnih prava, nefleksibilno zakonsko ograničenje iz čl. 308. i 314. aktuelnog Zakona pokazuje se kao suvišno i nepotrebno. Interesantno je napraviti paralelu sa važećim hrvatskim Zakonom o parničnom postupku. Ovaj je propis u svojoj prvoj verziji pokazao senzibilitet za argumente koje ovde iznosimo i „okivanje” parnice izbegao – vodeći pritom izuzetno računa o efikasnosti – propisivanjem kazni za stranke koje namerno nisu blagovremeno prezentovale sve dokaze, ipak ne sprečavajući njihovo izvođenje. Docnijim izmenama hrvatski Zakon je usvojio rešenje kao u srpskom ZPP, dakle lošije od prvobitnog.

Da rekapituliramo. Intencija odredbi o kojima raspravljamo nije, kako su sudovi bukvalno shvatili, veštačko zaustavljanje prirodnog toka raspravljanja (i nikada ne može biti), nego su one tek nespretni doprinos suzbijanju zloupotreba procesnih prava stranaka i nevešta konkretizacija opšte odredbe kojom se stranke pozivaju na savesnost u procesu a sud ovlašćuje da nesavesno postupanje sankcioniše. Kao takve, one su potpuni promašaj zakonodavca.

Legitimacija kroz proceduru

U jezgro Lumanove teorije procedure smešteno je pitanje legitimitea odluka. On oštro kritikuje stajalište po kojem odluke zadobijaju legitimitet ispravnošću (istinitošću, pravednošću) svog sadržaja. Po tom verovanju procedura je relativno autonomno zasnovana strukutra uloga, nezavisna od drugih društvenih uloga, u kojoj se komunikacija odvija sa ciljem da se donese ispravno rešenje (rešenje koje se orijentiše prema istini, koje je pravedno i u skladu sa pravom). Luman, međutim, tvrdi da je samo na osnovu predrasude, i nikako drugučaje, preživelo shvatanje da su cilj i suština pravno regulisanih procedura prava spoznaja i istinska pravda.²⁸ Po njemu, tek sa odbacivanjem pretpostvake da procedure služe otkrivanju istine postaje moguće da se na nov i nepristrasan način istraži funkcija koju procedura ima u legitimaciji odlučivanja. „Stav da pravno regulisane procedure doprinose legitimaciji pravno obavezujućih odluka – ili da ove čak i utemeljuju – pripada” – smatra on – „liberalnom razmišljanju o pravu, državi i društvu koje je stupilo na mesto staroevropske tradicije. Ova je teza koncipirana, svesno ili nesvesno” – nastavlja Luman – „kako bi se potisnuo staroevropski model hijerarhijskog poretka izvora i materije prava. *Teza naizgled obećava veću otvorenost za nove normativne tvorevine, veću*

²⁸ N. Luman, *op. cit.*, 38.

elastičnost i prilagodljivost prava i veći potencijal za strukturne promene u društvu (kurziv naš). Poput kategorije ugovora na području 'društva', kategorija procedure naizgled na području 'države' nudi čarobnu formulu kombinacije sigurnosti i slobode u najvećoj mogućoj meri, koju je moguće svakodnevno konkretno praktikovati a koja – kao institucija – ipak sva određenja prepušta budućnosti. Ugovor i procedura", završava Luman, „to su naizgled evoluciono neverovatna dostignuća koja omogućavaju sadašnjici da se sama obaveže na ono što se da izmeniti i da podnese svaku moguću budućnost.”²⁹

Zato što je nesposoban da osigura izvesnost sudski postupak se, po ovom shvatanju, ograničava na obezbeđivanje jednakog tretmana stranaka i uspostavljanje ravnoteže procesnih izgleda za uspeh. Drugim rečima, budući da istina može ostati nedostižna, sudski proces u najboljem slučaju treba da omogući nepristrasno presuđivanje. U skladu s tim, procesna korektnost se pretpostavlja tačnom ishodu *a materijalna pravda redukuje na procesnu pravednost*.

Nema sumnje da je parnica podesno mesto za afirmisanje iznetog shvatanja. Naime, dobro je poznato da se odnos između procesnopравnih subjekata drugačije diferencira u različitim vrstama procedura za primenu prava (krivičnim, građanskim ili upravnim). A pošto je građansko procesno pravo izgrađeno na shvatanju postupka kao instrumenta za rešavanje sporova, u parnici crta „vlastitog, riskantnog poduhvata, naročito za tužioca”³⁰, najviše dolazi do izražaja. To znači da se večna tenzija između dva suprotstavljena koncepta – jednog, koji prednost daje proceduralnoj pravednosti i drugog, koji favorizuje ispravnost rezultata u meritumu – u parničnom postupku po pravilu rešava u korist prvonavedenog.

Kako apostrofirane odredbe ZPP izgledaju iz vizure Lumanove teorije procedure? Pod naletom skepticizma, koji dovodi u pitanje mogućnost dostizanja tačnih rezultata i koji proizilazi iz relativnosti koja prožima modernu Zapadnu civilizaciju, ovo shvatanje procedure se povlači na granice *procesne pravednosti* i nastoji ih što snažnije utvrditi. Ali, gde su te granice? I mogu li se one dalje sužavati na sličan način kao što se odstupilo od stajališta po kojem odluke zadobijaju legitimitet ispravnošću (istinitošću, pravdanošću) svog sadržaja? Ili drukčije formulisano, da li se već pozitivnošću određene procedure može osigurati da obavezujuće odluke budu prihvaćene kao premise ponašanja? Dočarećemo ovaj problem sa nekoliko egzotičnih primera iz prošlosti. Kod nekih divljih plemena postojao je običaj da tužioci optuženog gađaju kopljima: ako bi svi promašili, on bi bio proglašen nevinim; ako bi bio pogođen, makar samo jednom, bio bi proglašen krivim i čitava stvar bi bila okončana. Ponekad se od tužioca i tuženog tražilo da biraju između dve zdele hrane od

²⁹ N. Luman, *op. cit.*, 21.

³⁰ *Ibid.*, 65.

kojih je jedna bila otrovana. Moglo se desiti da pogrešna strana bude otrovana, ali tada bi se spor završio pošto su obe strane obično verovala u pravednost božjeg suda. Često je primitivni duh pribegavao božjem sudu ne toliko po srednjovekovnoj teoriji da će Bog otkriti krivca koliko u nadi da će božji sud, ma kako nepravedan, *okončati sukob* koji bi inače mogao da zavađuje pleme generacijama. Prema tome, samo vađenje jedne procedure tj. njena pozitivnost ne obezbeđuje istovremeno i njenu pravednost. Zato zagovornici legitimisanja odluka kroz proceduru izgrađuju standarde koji obezbeđuju pravednost postupka i koji se danas uglavnom ispoljavaju kroz doktrinu o pravičnom postupku.

Nema, dakle, sumnje da sa aspekta tradicionalnog shvatanja legitimiteta označene odredbe predstavljaju nepotrebno ograničenje pronalaženju tačnog rezultata. Nas, međutim, zanima vrednost ovih odredbi u kontekstu doktrine o pravičnom postupku, zbog čega ćemo ovde provizorno usvojiti shvatanje po kojem se odluke legitimišu pravednošću same procedure. I sa tog aspekta posmatrano, procedura čija su obeležja determinisana pravilima sadržanim u čl. 308. i 314. ZPP ne ispunjava uslove da se prostim pozivanjem na njeno poštovanje obezbede legitimitet i autoritet donetih odluka. Jer, takva je procedura *nepravedna*, budući da na jedan vulgaran način sprečava realizaciju raspravnog načela odnosno razvijanje same parnice.

Valja naglasiti da stajalište koje smo ovde privremeno prihvatili ne odriče *a priori* svaki značaj tačnom (istinitom, pravednom) rezultatu. No, izostanak takvog ishoda ne uzima se tragično: ono se zadovoljava kreiranjem najboljeg mogućeg procesnog ambijenta za postizanje tačnog rezultata. Ali je osnovni građevinski blok za pravljenje takvog okruženja puna realizacija načela kontradiktornosti. Model dokazivanja zasnovan na odredbama 308. i 314. ZPP ostavljen je, međutim, bez tog osnovnog procesnog potencijala. Ova anomalija će pre ili kasnije otvoriti pitanje prihvatanja odluka. Jer srazmerno slabljenju potencijala da se postigne ispravan rezultat slabiće i generalizovana spremnost da se prihvate još neodređene odluke (koja, po Lumanu, predstavlja osnov njihovog legitimiteta).

Pravda i pravna sigurnost

Ostaje još da vidimo kako markirane odredbe izgledaju kada se na njih baci svetlo Radbruhove teorije prava. Pravo je, prema ovom filozofu, ona stvarnost čiji je smisao da služi ideji prava. A ta ideja ne može biti ništa drugo nego *pravda*.³¹ Pravo je, drugim rečima, volja za pravdom.³² U parničnom postupku

³¹ G. Radbruch, *Filozofija prava*, Nolit, Beograd, 1980, 45.

³² *Ibid.*, 266.

to znači da se o pravima i obavezama stranaka odlučuje pravilnom primenom zakona na tačno utvrđeno činjenično stanje. Posmatrane u odnosu na ovako postavljene ideal, spomenute odredbe ZPP asociraju na namernu opstrukciju njegovog dostizanja.

Ideja prava se, međutim, ne iscrpljuje u pravdi. Ona je složenija i, po Radbruhu, sadrži još dve vrednosti – svrsishodnost i pravnu sigurnost, koje zajednički s pravdom vladaju pravom.³³ Jer, traganje za pravdom se ne može beskonačno rastezati. Spor mora dobiti epilog, koji će povodom konkretnog pitanja postati premisom ponašanja kako stranaka, tako i drugih učesnika u društvenim odnosima. Stalnost odluka u vremenu je, dakle, važan uslov postojanja i funkcionisanja pravnog poretka. „Ili ti veruješ da to može biti da postoji i da nije obojena ona država u kojoj jedared izrečene sudske presude ništa ne važe, nego ih obični ljudi obesnažuju i uništavaju?” – pitao je Sokrat, dok je Gete uveravao da će radije trpeti nepravdu nego podnositi nered i govorio da je bolje „da ti učine nepravdu nego da svet bude bez zakona”³⁴. Ali, iako su zahtevi pravne sigurnosti u stanju da opravdaju i pogrešne pravosnažne odluke, „sasvim lepo se mogu zamisliti i slučajevi u kojima je neispravnost pravne sadržine, njena nepravdnost ili nesvrsishodnost tolika da protiv toga ne može da pretegne ni vrednost pravne sigurnosti. Takvim slučajevima”, smatra Radbruch, „odgovara ideja apsolutne ništavosti pravosnažnih presuda zbog određenih materijalnopравnih ili formalnopравnih grešaka.”³⁵

Stavimo ovo u kontekst predmeta našeg razmatranja. U prethodnom odeljku smo konstatovali postojanje procesnog mehanizma koji generiše donošenje neispravnih odluka, a sada smo videli da je ideja pravne sigurnosti u stanju da opravda i neispravne odluke. Da li sama činjenica da je spor okončan čini irrelevantnim pitanje kako je okončan? Naravno da ne. Svrha pravosnažnosti nije da opravdava neispravne odluke. Ideja pravne sigurnosti podrazumeva stabilnost važenja ne bilo kakvih, nego materijalno i formalno ispravnih presuda. Upravo zato se postupci i izgrađuju tako da pospešuju postizanje tačnog rezultata. Do pravosnažnosti se dolazi tek pošto je prethodno ispoljena *volja za pravdom*. Odredbe čl. 308. i 314. ZPP taj impuls guše i zato je model dokazivanja koji je na njima zasnovan loš model.

³³ *Ibid.*, 99.

³⁴ G. Radbruch, *op. cit.*, 45.

³⁵ *Ibid.*, 229.

LITERATURA

- Bugarski, R., *Jezik u društvu*, Prosveta, Beograd, 1986.
- Dvorkin, R., *Carstvo prava*, „Filip Višnjić”, Beograd, 2003.
- Djurant, V., *Istočne civilizacije*, Narodna knjiga, Beograd, 1995.
- Duzinas, K., *Ljudska prava i imperija – politička filozofija kosmopolitizma*, Službeni glasnik, Beograd, 2009.
- Fuler, L., *Moralnost prava*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu – Centar za publikacije, Beograd, 2001.
- Hobsbaum, E., *Globalizacija, demokratija i terorizam*, Arhipelag, Beograd, 2008.
- Humbolt, V., *Uvod u delo o Kavi jeziku i drugi ogledi*, Književna zajednica Novog Sada – Dnevnik, Novi Sad, 1988.
- Jović, Lj., *Jezik zakona*, Zavod za udžbenike i nastavna sredstva, Beograd, 1995.
- Kalve, L. Ž., *Rat među jezicima*, Biblioteka XX vek, Beograd, 1995.
- Karbonije, Ž., *Pravna sociologija*, Izdavačka knjižarnica Zorana Stojanovića Sremski Karlovci, Novi Sad, 1992.
- Luman, N., *Legitimacija kroz proceduru*, Naprijed, Zagreb, 1992.
- Radbruch, G., *Filozofija prava*, Nolit, Beograd, 1980.

TWO CRITICAL NOTES ON THE CODE OF CIVIL PROCEDURE

Strahinja Davidov Ph. D.
Public company "Post offices of Serbia"

S u m m a r y

The Author's criticism is focused on, in his opinion, two typical characteristics of the currently valid civil procedure: the language of the law and the concept of proving determined by Article 308 and Article 314 of the Code of Civil Procedure. The first part of the paper is based on the thesis that the neglect of linguistic culture has culminated in this Act by favoring provincialism in the linguistic expression embodied in the application of the conjunction "to" in combination with the present tense in situations where the infinitive should have been used. Otherwise, the Author assumes that the differentiation of the content of the statement requires the use of both forms, which is demonstrated by numerous relevant examples.

The second critic represents a unique trilogy, providing the three different point of view on the Articles 308 and Article 314 of Code of Civil Procedure: a) from the aspect of the principle of efficiency, b) from the viewpoint of Luhmann's theory of legal procedure and c) according to Radbruch's concept of the idea of the law. Despite the fact that they contain different arguments, all three experiments give an identical result – the insolidity of the provisions which determine the nature of proving.

Keywords: the language of the law, linguistic culture, efficiency, justice, the legitimacy of decisions