

Проф. др Ранка Рачић

Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву

НЕКЕ ДИЛЕМЕ ПОВОДОМ БУДУЋЕ РЕФОРМЕ ПАРНИЧНЕ ПРОЦЕДУРЕ

Деветогодишња примјена закона о парничном поступку на правном подручју ентитета Босне и Херцеговине довољан је период за оцјену и критичку анализу домета једне реформе. Ефикасност парничног поступка био је, чини се, једини циљ реформе парничне процедуре. Инсистирање законодавца на претјераној ефикасности довело је до тога да је пружање правне заштите и њена контрола у поступку по жалби отежана, а у појединим случајевима и потпуно онемогућена.

У раду, критички су анализирана поједина рјешења која су садржана у законима о парничном поступку ентитета Босне и Херцеговине. При томе, акценат је стављен само на одређене процесне институте, који су изазвали највеће дилеме у пракси, али и у научној и стручној јавности. У раду су понуђена и одређена рјешења, која одговарају на питање у којем правцу би требало измијенити поједине законске одредбе.

Кључне ријечи: Пресуда због пропуштања; Границе испитивања првостепене пресуде; Процесне повреде поступка; Одлуке другостепеног суда.

1. УВОД

1. На подручју данашње Босне и Херцеговине егзистирају четири закона о парничном поступку. У оквиру свеобухватне реформе правосуђа донесени су закони о парничном поступку у Републици Српској¹ и Федерацији Босне и Херцеговине.² Посебним законом регулисан је

Ранка Рачић, rankaracic@t-com.me.

¹ Закон о парничном поступку – ЗПП РС, *Службени гласник РС*, бр. 58/03, 85/03, 74/05, 63/07 и 49/09.

² Закон о парничном поступку – ЗПП ФБиХ, *Службене новине ФБиХ*, бр. 53/03, 73/05 и 19/06.

поступак пред Судом Босне и Херцеговине.³ Брчко Дистрикт Босне и Херцеговине има свој Закон о парничном поступку.⁴ Ово је само један од многобројних примјера, који свједочи о постојању компликованог правног система у Босни и Херцеговини.

Деветогодишња примјена ентитетских закона о парничном поступку довољан је период за оцјену и критичку анализу домета једне реформе. Примјена правила парничног поступка у оба ентитета, показала је да одређена рјешења нису добра и да би их било корисно, а у одређеним случајевима и нужно измијенити, допунити и редефинисати. Без обзира на то што су нека процесна правила операционализована на нов начин у односу на рјешења из ЗПП бивше СФРЈ, с циљем убрзања поступка, управо та процесна правила у практичној примјени доводе до одуговлачења парничног поступка. Основни задатак и правно-политички циљ приликом доношења ЗПП РС и ЗПП ФБиХ – брз и ефикасан поступак – само је дјелимично остварен.⁵ Суд у ентитетским законима има сасвим другу позицију у односу на претходна законска рјешења. У парничном поступку не треба само остваривати процесну равнотежу између тужиоца и туженог, него је потребно остварити и правилну расподјелу терета и дужности између суда и странака.⁶ Одређени степен активности суда, нпр. материјално управљање поступком, као природни степен судијине брижљиве припреме и изграђене радне методе, те претходна правна оцјена конкретне правне ствари,⁷ доприноси како квалитету судских одлука, тако и убрзању и рационализацији поступка.⁸ Интегритет, квалитет и ефикасност пресуђивања циљеви су којима стреми свака демократска правна држава.

2. Ентитетски закони, од самог ступања на правну снагу, у жижи су интересовања процесне доктрине.⁹ Након ступања на правну снагу ових закона, законодавац је, у оба ентитета, више пута интервенисао с

³ Закон о парничном поступку пред Судом БиХ, *Службени гласник БиХ*, бр. 36/04 и 84/07.

⁴ Закон о парничном поступку, *Службени гласник БДБиХ*, бр. 8/09 и 52/10.

⁵ Р. Рачић, „Жалбени поступак *de lege ferenda*“, *Зборник радова*, VII Савјетовање из области грађанског права, Јахорина, 17–20. октобар, 2012. године, 125–137.

⁶ А. Галич, „Санкције за неактивност странака у парничном поступку – упоредно-правна разматрања са освртом на словеначко право“, *Правни живот* 12/2004, 127.

⁷ С. Трива, „Есеј о отвореном правосуђењу“, *Годишњак Правног факултета у Сарајеву* 1974, 127.

⁸ А. Галич, 128.

⁹ Вид.: Д. Медић, „Реформа парничног поступка у БиХ“, *Годишњак Правног факултета у Бањој Луци* 29/2005, 201–226; Д. Медић, „Осврт на Закон о парничном поступку“, *Правни живот* 12/2003, 135–140.

циљем убрзања парничног поступка. Измјене и допуне ентитетских закона имале су примарни циљ да се парнични поступак убрза. У протеклом периоду, и судска пракса је примјеном актуелних правила парничне процедуре настојала остварити ефикасно пресуђење. Али то никако не може бити само један и једини циљ реформе и задатак који се мора испунити, већ примјена закона о парничном поступку ентитета Босне и Херцеговине треба да буде, прије свега, у служби доношења законите и правилне судске одлуке.

У Босни и Херцеговини постоје врло опречни ставови о томе који су резултати спроведене реформе у домену парничне процедуре. Према једном броју правних писаца, поједине одредбе актуелног закона треба мијењати зато што су одређена законска рјешења противуставна, друга су нејасна и непрецизна, па је то разлог за различито поступање у пракси, трећа су у практичној примјени показала низ слабости. Други, пак, сматрају да су ентитетски закони изванредно добри, те да су „свето слово“ које се не треба и не смије мијењати, јер се ради о реформским законима који су убрзали парнични поступак и свака измјена важећих правила парничног поступка само би збунила судије и враћала поступак на „почетне позиције“. Ово схватање заступа велики број практичара.

Није спорно да су ентитетски закони допринијели бржем рјешавању спорова и доношењу одлука у краћем временском периоду, али никако није тачно да нису нужне измјене и допуне појединих процесних правила. Начелно, може се закључити да је примјена закона о парничном поступку у ентитетима Босне и Херцеговине довела до убрзања поступка. Упркос томе, не смије се занемарити чињеница да је убрзање поступка, у великом броју случајева, последица жртвовања начела као што је нпр. право на правично поступање суда или уставом загарантованог права странке на жалбу. Са сигурношћу, може се констатовати да су, приликом доношења закона о парничном поступку, у Босни и Херцеговини извршени радикални и револуционарни захвати у процесној регулативи.¹⁰ У правној теорији, одмах по доношењу закона, констатовано је да поједина законска рјешења нису добра.¹¹

Почетком септембра 2012. године, Радна група за измјене и допуне постојећих ентитетских закона и ЗПП Брчко Дистрикта БиХ¹² по-

¹⁰ О опасностима оваквог поступања, вид. Н. Бодирога, *Нови Закон о парничном поступку*, Београд 2012, 16.

¹¹ Тако, нпр., законодавац против пресуде због пропуштања није предвидио жалбу, већ приједлог за враћање у пређашње стање.

¹² У даљем тексту Радна група.

чела је са радом око евентуалних измјена и допуна правила парничне процедуре. Предложене измјене и допуне ЗПП у форми Нацрта су прошле скупштинску процедуру у Републици Српској, док се у Федерацији БиХ очекује да ће се са поступком измјена и допуна ЗПП започети тек крајем 2013. године.

3. Овај рад указује на поједина законска рјешења о којима треба врло озбиљно размислити и која су, према мишљењу аутора овог рада, изузетно значајна. Циљ овог рада је да се укаже на одређене процесне институте и законска правила у актуелним ентитетским законима, која нису у складу са Уставом Републике Српске, нити са Европском конвенцијом о људским правима и основним слободама. У раду су предложена и одређена рјешења појединих дилема.

Судбина предложених измјена, у овом тренутку, потпуно је нејасна и непозната. Које ће предложене измјене и допуне бити прихваћене, као и то да ли ће се правила парничне процедуре уопште мијењати, зависи од више чинилаца. Намјера аутора овог рада није да утиче на усвајање предложених измјена, већ да укаже на то да одређена важећа законодавна рјешења нису добра, због чега их је нужно евидентирати, јер могу директно допринијети доношењу незаконите одлуке. Наравно, као учесник у Радној групи, аутор је искрено убијеђен да би закони о парничном поступку ентитета Босне и Херцеговине били ефикаснији и бољи усвајањем предложених измјена и допуна. Али „ђаво је у детаљима“, па често и најбоље намјере и добре идеје, у симбиози са многобројним чиниоцима, могу да утичу на ефикасност једног закона у пракси, као и на његову примјену. Рад не анализира сва спорна рјешења ентитетских закона о парничном поступку у Босни и Херцеговини, а која су била предмет анализе Радне групе, већ само поједина, која заслужују озбиљнију анализу. Много је још правила парничне процедуре која заслужују посебну пажњу, али свеобухватна анализа није могућа у једном раду овакве врсте.

У редовима који слиједе, предмет анализе биће законска рјешења која се тичу редовног правног лијека против пресуде због пропуштања,¹³ разлога за изјављивање жалбе, тачније процесних повреда парничног поступка,¹⁴ граница испитивања првостепене пресуде, одлука другостепеног суда, укидања првостепене пресуде и враћања правне ствари на поновно извиђање и одлучивање.

¹³ Р. Рачић, „Пресуда – нова процесна рјешења у парничној процедури Републике Српске“, *Зборник радова Функционисање правног система Републике Србије*, Ниш 2006, 87–98.

¹⁴ У раду ће посебно бити анализиране процесне повреде поступка.

2. ПРИЈЕДЛОГ ЗА ВРАЋАЊЕ У ПРЕЂАШЊЕ СТАЊЕ – РЕДОВНИ ПРАВНИ ЛИЈЕК ПРОТИВ ПРЕСУДЕ ЗБОГ ПРОПУШТАЊА

1. Жалбени поступак, као што је познато, покреће се подизањем жалбе. Против пресуде донесене у првом степену странке могу поднијети жалбу у року од 30 дана од дана доношења пресуде, односно у року од 30 дана од дана достављања преписа пресуде. У „поступку у мјеничним и чековним стварима“, рок за изјављивање жалбе је 15 дана.¹⁵ Ово законодавно рјешење трпи значајан изузетак. Наиме, против пресуде због пропуштања¹⁶ није допуштена жалба већ приједлог за враћање у пређашње стање.¹⁷ „Испуштање жалбе“ као редовног правног лијека против пресуде због пропуштања, противно је не само одредби која је садржана у чл. 203 ЗПП, већ и чл. 6 и 13 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, Уставу РС¹⁸ и Уставу ФБиХ. Приједлог за враћање у пређашње стање није адекватан правни лијек када је незаконита пресуда посљедица погрешке суда. Уколико судија, приликом доношења пресуде погријеши и донесе погрешан правни закључак, а самим тим и пресуду због пропуштања, према постојећим процесним правилима, странка приједлогом за враћање у пређашње стање неће моћи анулирати незаконито поступање суда. Против пресуде због пропуштања тужени може изјавити само приједлог за враћање у пређашње стање, ако је пропустио да одговори на тужбу, а пропуштање је посљедица оправданог разлога који се није могао предвидјети нити избјећи. Постојање саме пресуде због пропуштања у парничној процедури у служби је дисциплиновања туженог, јер и на странкама лежи терет да се суђење спроведе у разумном року. Пасивност туженог никако не смије бити разлог да тужилац не постигне адекватну судску заштиту у разумном року. Али тужилац никако не смије имати користи од „пропуста“ и незаконитог поступања суда. У питању је незаконито поступање суда и оно мора бити отклоњено у поступку по жалби.

¹⁵ ЗПП РС, чл. 203, ст. 1.

¹⁶ Саму пресуду због пропуштања, у неким од наредних измјена и допуна ЗПП, треба значајно реформисати, јер постоји низ нејасноћа и недоумица у погледу овог процесног института. Због теме овог рада, на овом мјесту није могуће говорити у којем правцу би требало да иду измјене и допуне, када је питању овај процесни институт.

¹⁷ О пресуди због пропуштања детаљно вид. Р. Рачић, „Пресуда због пропуштања“, *Правни живот* 12/2004, 171–184.

¹⁸ У чл. 16 Устава РС, изричито је предвиђено да „свако има право на једнаку заштиту својих права у поступку пред судом и другим државним органом и организацијом. Свакоме је зајамчено право на жалбу или друго правно средство против одлуке којом се рјешава о његовом праву или на законом заснованом интересу.“

2. У судској пракси се, као спорно, појавило питање и када пресуда због пропуштања стиче својство правноснажности, уколико тужени није изјавио приједлог за враћање у пређашње стање. Као што је познато, приједлог за враћање у пређашње стање може се изјавити у року од осам дана, рачунајући од дана кад је престао разлог који је узроковао пропуштање, а ако је странка тек касније сазнала за пропуштање, онда од дана када је за то сазнала. Објективни рок је 60 дана и рачуна се од дана пропуштања. У пракси, поједине судије чекају да протекну ови рокови и ако тужени не изјави приједлог за враћање у пређашње стање стављају клаузулу правноснажности са назнаком да је пресуда стекла својство правноснажности даном доношења. Овакво поступање суда противно је правилима парничне процедуре. Једино исправно рјешење је да ће пресуда по протеку рока од 60 дана стећи својство правноснажности, уколико тужени није изјавио приједлог за враћање у пређашње стање. Међутим, ако суд поступа на овај начин, који је и једино исправан, поставља се питање који су онда разлози мотивисали законодавца да предвиди приједлог за враћање у пређашње стање као једини редовни правни лијек против пресуде због пропуштања. Објективни рок од 60 дана је доста дуг рок и није било разлога да се напусти законодавно рјешење о рестрингираној жалби, које је било садржано у ЗПП СФРЈ из 1977. године. Жалбом, као редовним правним лијеком, странка једино може да се заштити од незаконитог рада суда. Поред тога, рок од 30 дана је краћи од објективног рока за изјављивање приједлога за враћање у пређашње стање. У правној теорији већ је указано на овај значајан пропуст законодавца.¹⁹ Приједлог за враћање у пређашње стање, као једини редовни правни лијек против пресуде због пропуштања, не доприноси ни уједначавању судске праксе када је пресуда због пропуштања у питању, имајући у виду то да се ради о ремонстративном правном лијеку, о којем одлучује исти – првостепени суд, који је донио и пресуду због пропуштања. С друге стране, жалба је увијек деволутиван правни лијек, који гарантује уједначавање судске праксе на једном ширем подручју, односно најмање на подручју једног окружног суда.

У том смислу, и један број судија сматра да у парничну процедуру треба вратити жалбу као редован правни лијек против пресуде због пропуштања и измијенити ово законско рјешење, које су окарактерисали лошим.²⁰ Наравно, ова жалба се не би могла изјавити због непотпуно и погрешно утврђеног чињеничног стања, али би била допуште-

¹⁹ Детаљно о томе, вид. Р. Рачић, (2004), 178–182.

²⁰ Вид. резултате анкете о примјени Закона о парничном поступку у Босни и Херцеговини, *Процјена закона о парничном поступку у Босни и Херцеговини*, 2011, 44 и 45.

на због процесних повреда поступка и погрешне примјене норми материјалног права.

Кад се ради о правилима која се односе на пресуду због пропуштања, такође треба измијенити и допунити одредбе, које регулишу када и под којим условима ће суд донијети пресуду којом се одбија тужбени захтјев. У судској пракси изузетно је спорно да ли се из свих жалбених разлога може побијати пресуда којом се одбија тужбени захтјев, коју суд доноси када нису испуњени услови за доношење пресуде због пропуштања. Чини се, да не би требало бити дилема из којих разлога се ова пресуда може побијати када су у питању жалбени разлози, али је споран сам поступак доношења пресуде којом се одбија тужбени захтјев, кад нису испуњени услови за доношење пресуде због пропуштања.

3. ЖАЛБЕНИ РАЗЛОЗИ

1. Анализирајући правила која се односе на разлоге за жалбу и компарирајући их са рјешењима која су садржана у неким земљама у региону, које су настале дисолуцијом бивше СФРЈ, може се закључити да су она истовјетна. Разлози за жалбу су: повреде одредаба парничног поступка, погрешно и непотпуно утврђено чињенично стање, и погрешна примјена норми материјалног права.²¹ Али битна разлика између рјешења која су садржана у законима ентитета Босне и Херцеговине, у односу на рјешења у земљама из окружења, односи се на дефинисање повреда парничног поступка. Тако, у парничној процедури ентитета Босне и Херцеговине, предвиђено је да повреда одредаба парничног поступка постоји ако суд у току поступка није примијенио или је неправилно примијенио коју одредбу закона о парничном поступку, а то је било од утицаја на доношење законите и правилне пресуде.²² Релативизирајући процесне повреде, законодавац је напустио дугогодишњу процесну традицију у дефинисању процесних повреда, која је читав низ година била под јаким утицајем правила аустријског

²¹ Тако, и у аустријском процесном праву. Како пресуда првостепеног суда може бити заснована на повредама правила процесног права, или на погрешном или непотпуно утврђеном чињеничном стању, или на погрешном приступу неком материјалноправном питању, жалбени разлози се дијеле на три групе: повреде правила поступка (*Verfahrensverletzungen*), погрешно рјешавање чињеничног питања (*fehlerhafte Lösung der Tatfrage*), и погрешно рјешавање материјалноправног питања (*fehlerhafte Lösung der Rechtsfrage*). Вид. Н. W. Fasching, *Lehrnbuch des österreichischen Zivilprozeßrechts*, Wien 1990, 888.

²² Вид., нпр., чл. 209 ЗПП РС, чл. 206 ЗПП ФБиХ.

парничног законодавства.²³ Према томе, законодавац је све повреде парничног поступка релативизирао. Наиме, према изричитом наређењу законодавца, постојање процесне повреде доводи се у узрочно-последичну везу са њеним утицајем на доношење незаконите пресуде. Процесна повреда постоји само ако је учињена повреда имала за последицу незакониту пресуду.

2. Ако су на почетку примјене закона о парничном поступку у ентитетима Босне и Херцеговине и постојале одређене дилеме, да ли закон уопште познаје повреде које самим својим постојањем доводе до доношења незаконите одлуке, данас их више нема. Наиме, у одредби чл. 221 актуелног закона у РС, као и одредби чл. 218 ЗПП ФБиХ, којима се регулишу границе испитивања првостепене пресуде, изричито је предвиђено да другостепени суд испитује првостепену пресуду у оном дијелу у којем се она побија жалбом, у границама разлога наведених у жалби, пазећи по службеној дужности на примјену материјалног права и повреде одредаба парничног поступка које се односе на страначку способност и заступање. Према томе, повреде одредаба парничног поступка које се односе на страначку способност и заступање законом су одређене као процесне повреде поступка које су битне по самом закону, односно ради се о апсолутно битним повредама парничног поступка.

3. Поред тога, у одредби чл. 227, ст. 1 важећег Закона о парничном поступку РС, и члана 224 важећег ЗПП ФБиХ изричито је предвиђено да ће „другостепени суд у сједници вијећа или на основу одржане расправе рјешењем укинути првостепену пресуду и предмет вратити истом првостепеном суду ради одржавања нове главне расправе, ако утврди да постоји један од сљедећих разлога изнесених у жалби: ако је противно одредбама овог закона суд донио пресуду на основу признања или пресуду на основу одрицања, ако којој странки незаконитим поступањем, а нарочито пропуштањем достављања, није дата могућност да расправља пред судом, а то је поступање било од утицаја на доношење законите и правилне пресуде, ако је суд донио пресуду без главне расправе, и ако је пресуду донио изузети судија.“²⁴ Ова одредба је у досадашњој примјени врло често била повод за раз-

²³ Према одредбама аустријског *Zivilprozeßordnung-a*, повреде правила процесног права (*Verfahrensverletzungen*) могу бити повреде које вријеђају јавни интерес, у смислу кршења основних правних гаранција законитог поступка и то су тзв. разлози који доводе до тзв. ништавости пресуде у сваком случају (*Nichtigkeitgründe*) и повреде поступка, које у конкретном случају могу довести до неправилне или непотпуне одлуке суда, и то су тзв. остале процедуралне погрешке суда (*andere Verfahrensmängel*). Вид. Н. W. Fasching, 888.

²⁴ Законодавац не прави терминолошку разлику између искљученог и изузетог судије иако та разлика у нашем процесном праву постоји.

лично поступање од стране другостепених судова.²⁵ Судија може да укине првостепену пресуду, из напријед наведених разлога, само ако је жалилац у жалби изричито навео било коју од ових процесних повреда. Међутим, у протеклом периоду, другостепени судови су ову одредбу врло често прешироко тумачили и укидали првостепену пресуду због непотпуно и погрешно утврђеног чињеничног стања, иако у складу са постојећим законодавним рјешењима нема упоришта за такво поступање суда. Тако је другостепени суд, у појединим случајевима, укидао првостепену пресуду због тога што првостепени „суд није утврдио чињенице важне за доношење правилне одлуке, а што упућује на незаконито поступање, сходно чл. 227, ст. 1, тач. 2 ЗПП РС“, или „због погрешног правног приступа суда у непостојању оцјене свих чињеница и изведених доказа, тужитељу није дата могућност да расправља пред судом, што је било од утицаја на правилност донесене одлуке“.²⁶ Ипак, без обзира на то што не постоји законски основ за укидање побијане пресуде и што одредбе ЗПП врло ограничено дају могућност њеног укидања, другостепени судови то често и потпуно неоправдано чине. Неријетко, дешава се да се првостепена пресуда укида због погрешно и непотпуно утврђеног чињеничног стања²⁷ и погрешне примјене норми материјалног права. Судови ове повреде подводе под повреду начела расправности, односно: „Ако којој странки незаконитим поступањем, а особито пропуштањем достављања није дата могућност да расправља пред судом, а то је поступање било од утицаја на доношење законите и правилне одлуке.“ Тако, другостепени судови и по више пута укидају првостепену пресуду, а да стварно нису испуњени услови који се траже у одредби чл. 227, ст. 1, тач. 2 ЗПП РС. Такво тумачење одредбе чл. 227, ст. 1, тач. 2 ЗПП РС и њена флексибилна примјена на све процесне ситуације, према мишљењу судија који овако не поступају, представља покриће за дилеме које другостепеном судији намеће материјално право. Таква пракса истовремено угрожава принцип законитости и ефикасности, као и правни стандард суђења у разумном року. Осим тога, овакво поступање жалбених судова омогућава окончање рада на предмету без заузимања

²⁵ О томе, детаљно вид. Р. Рачић, „Укидање првостепене пресуде и враћање правне ствари на поновно одлучивање – поводом једне судске одлуке“, *Правна ријеч* 2011, 397–409.

²⁶ Вид. *Процјена закона о парничном поступку у БУХ*, 52–53.

²⁷ Према одредбама аустријског *Zivilprozeßordnung-a*, погрешно рјешење чињеничног питања (*Fehlerhafte Lösung der Tatfrage*) може бити последица: погрешне оцјене доказа (*Unrichtige Beweiswürdigung*), погрешно утврђеног чињеничног стања (*Unrichtige Tatsachenfeststellungen*), или супротности чињеничног стања утврђеног у пресуди и онога које постоји у спису предмета на основу поднесених доказних приједлога (*Aktenwidrigkeit*). Вид. Н. W. Fasching, 895.

правног става. Према томе, поступањем судова на овај начин, наведеним процесним повредама даје се карактер и значај повреде које су битне по самом закону и на које суд пази по службеној дужности, иако за такву праксу не постоји упориште у закону.

4. Ако се одредбе парничног поступка посматрају у цјелини, а посебно оне које се односе на поступак по редовним правним лијековима, очигледно је да између појединих правила постоје велике противрјечности и да постојећа правила нису хармонизована. Стога, нужне су измјене и допуне ЗПП РС и ЗПП ФБиХ у погледу правила која се тичу, прије свега, разлога за жалбу односно повреда одредаба парничног поступка. Чини се, да би најбоље рјешење било да се одређене повреде таксативно наведу. Постојећа одредба чл. 209, ст. 1 ЗПП РС остала би иста, док би се додао став 2 у којем би изричито било предвиђено да је „повреда одредаба парничног поступка увијек од утицаја на доношење законите и правилне пресуде у сљедећим случајевима: 1) ако је у доношењу пресуде учествовао судија који је по закону морао бити искључен или изузет; 2) ако је одлучено о захтјеву који не спада у судску надлежност; 3) ако је противно одредбама ЗПП суд засновао своју одлуку на недопуштеним располагањима странака;²⁸ 4) ако је противно одредбама ЗПП суд донио пресуду на основу признања, пресуду на основу одрицања и пресуду због пропуштања; 5) ако којој странки незаконитим поступањем, а нарочито пропуштањем достављања, није дата могућност да расправља пред судом; 6) ако је противно одредбама ЗПП суд одбио захтјев странке да се у поступку служи својим језиком и писмом и да прати ток поступка на свом језику; 7) ако је у поступку као тужилац или тужени учествовало лице које не може бити странка у поступку, или ако странку која је правно лице није заступало овлашћено лице, или ако парнично неспособну странку није заступао законски заступник, или ако законски заступник, односно пуномоћник странке није имао потребно овлашћење за вођење парнице или за поједине радње у поступку, ако вођење парнице, односно обављање појединих радњи у поступку није било накнадно одобрено; 8) ако је одлучено о захтјеву о којем већ тече парница или којег се тужилац одрекао или о којем је већ раније правноснажно пресуђено, или о којем је већ закључено судско поравнање или поравнање које по посебним прописима има својство судског поравнања; 9) ако је противно закону била искључена јавност на главној расправи; 10) ако је пресудом прекорачен тужбени захтјев; 11) ако је одлучено о неблаговремено поднесеној тужби, а због тога је тужбу требало одба-

²⁸ Ова процесна повреда, у одређеним случајевима, разлог је за укидање пресуде и одбацивање тужбе али постоје и други случајеви кад она неће имати за посљедицу одбацивање тужбе.

цити; 12) ако прије подношења тужбе није спроведен законом предвиђени поступак мирног или другачијег остваривања права, а због тога је тужбу требало одбацити.

Наравно, само на поједине од набројаних процесних повреда суд би пазио по службеној дужности, а на остале по приговору парничне странке. На тај начин, хармонизовала би се правила која регулишу: процесне повреде поступка, границе испитивања првостепене пресуде и укидање првостепене пресуде и враћање правне ствари на поновно извиђање и одлучивање.

4. ДА ЛИ ЈЕ ОПРАВДАНО У ПАРНИЧНОМ ПОСТУПКУ ПРЕДВИДЈЕТИ ЗАБРАНУ ДВОСТРУКОГ УКИДАЊА ПРВОСТЕПЕНЕ ПРЕСУДЕ?

1. Поред горе наведеног, значајно би било реформисати правила која се тичу одлука другостепеног суда – „увођењем“ забране двоструког и сваког даљег укидања првостепене пресуде. Дилема постоји у погледу тога да ли су предложене измјене, забрана двоструког укидања првостепене пресуде и „увођење“ и дефинисање процесних повреда поступка које су битне по самом закону, добро законско рјешење и да ли ће судије окружног односно кантоналног суда поднијети већи терет и додатно бити оптерећене, с обзиром на то да би морале да пазе на више процесних повреда по службеној дужности. Ако би ови приједлози били усвојени, судија другостепеног суда био би принуђен да отвара другостепену усмену расправу много чешће него што то сада чини. Чини ми се, ипак, да су страх и дилеме неоправдане. И до сада је суд пазио на ове процесне повреде али не на начин како је то сада предложено. Осим тога, забраном двоструког укидања првостепене пресуде, од стране жалбеног суда, дисциплиновао би се и првостепени и другостепени суд, а самим тим, то би било од утицаја на ефикасност поступања и доношење одлуке у разумном року. Досадашња примјена закона о парничном поступку показала је да другостепени судови врло често укидају првостепену пресуду и када за такво поступање немају упориште у закону. На тај начин, парнични поступак се одуговлачи, а странкама се ускраћује правна заштита у разумном року. Да би парнични поступак био ефикаснији и да би правна заштита била дјелотворна нужно је ограничити другостепени суд у погледу укидања првостепене пресуде. Стога, Радна група је предложила да законодавац, у наредним законодавним измјенама, ограничи другостепени суд тако да он може само једанпут укинути првостепену пресуду. Према садашњим процесним правилима, другостепени суд је дужан да отвори другостепену усмену расправу када оцијени да је, ради правилног утврђивања чињеничног стања, потребно пред дру-

гостепеним судом утврдити нове чињенице или извести нове доказе или поново извести већ изведене доказе, као и када оцијени да је због повреде одредаба парничног поступка у првостепеном поступку потребно одржати расправу пред другостепеним судом. Нова одредба би требало да гласи: „Другостепени суд ће заказати расправу, под условима који су напријед изнијети и када је у истој парници првостепена пресуда већ једанпут укинута”.

Постоји више разлога да законодавац поступи на овај начин. Прије свега, ЗПП РС је редигован на начин да другостепени суд само изузетно има овлашћење да укине првостепену одлуку. Интенција законодавца била је да се убрза парнични поступак. Стога другостепени суд, према постојећим правилима, није у могућности да укине првостепену пресуду када је чињенично стање непотпуно утврђено. У одредби чл. 229, ст. 3 ЗПП РС изричито је предвиђено да ће другостепени суд у сједници вијећа или на основу другостепене усмене расправе преиначити пресуду и ако је послјије одржане првостепене расправе, на основу нових доказа или поновног извођења већ изведених доказа, утврдио другачије чињенично стање него што је оно у првостепеној пресуди.²⁹

2. Против законодавног рјешења да се ограничи укидање првостепене пресуде од стране другостепеног суда, истичу се два разлога, од чега је озбиљан само први, односно онај који наводе судије другостепеног суда. Наиме, они сматрају да ће се суд другог степена претворити у суд првог степена, јер ће одлучивати о чињеницама, а да ће првостепени судови постати само „доставне службе другостепених судова“. Према овом схватању, судије првостепеног суда ће пресуде доносити брзо и ефикасно, а жалбени судови ће морати да исправљају грешке првостепених судова. Други аргумент који се истиче је да би

²⁹ Постојећи чл. 229 ЗПП РС, према мишљењу Радне групе, требало би допунити на следећи начин: „Другостепени суд ће, у сједници вијећа или на основу одржане расправе, пресудом преиначити првостепену пресуду, ако утврди да постоји један од следећих разлога изнесених у жалби: 1) ако је утврдио да постоји повреда одредаба парничног поступка, осим у случајевима из члана 227 ЗПП, 2) ако је у сједници вијећа другачијом оцјеном исправа и посредно изведених доказа већ изведених пред првостепеним судом утврдио другачије чињенично стање него што је оно у првостепеној пресуди, 3) ако је послјије одржане расправе, на основу нових доказа или поновног извођења већ изведених доказа, утврдио другачије чињенично стање него што је оно у првостепеној пресуди; 4) ако сматра да је чињенично стање у првостепеној пресуди правилно утврђено, али да је првостепени суд погрешно примијенио материјално право, 5) ако је првостепени суд из чињеница које је утврдио извео неправилан закључак о постојању других чињеница на којима је заснована пресуда.” Постојећи став 5, који се тиче прекорачења тужбеног захтјева треба брисати пошто су предвиђена нова правила када је у питању прекорачење тужбеног захтјева.

се, у овом случају, онемогућила странка да изјави жалбу на пресуду која је донесена у другостепеном поступку, а која је у суштини потпуно нова пресуда, јер је у њој измијењено чињенично стање. Међутим, овај аргумент не стоји на чврстој основи, имајући у виду чињеницу да ни до сада странка није могла да изјави жалбу на одлуку другостепеног суда, који је измијенио чињенично стање у односу на првостепену одлуку.

Уколико би законодавац ограничио другостепени суд, у смислу да он може само једанпут укинути првостепену одлуку, то би истовремено дисциплиновало и другостепени и првостепени суд. Другостепени суд би морао приликом првог укидања првостепене пресуде темељито образложити разлоге њеног укидања и навести које су одредбе парничног поступка повређене и у чему се те повреде састоје. Првостепени суд би, с друге стране, био дужан да отклони повреде парничног поступка на које му је указао другостепени суд.

У прилог ограничениости у укидању првостепене одлуке од стране другостепеног суда, иду и законодавна рјешења која су прихватиле земље у региону, које су настале након распада бивше СФРЈ. Наиме, у Републици Хрватској ово ограничење постоји када су у питању породични и радни спорови као и у поступцима пред трговачким судовима. У овим споровима, првостепена одлука може се укинути само једанпут, а ако постоје услови да се пресуда укине други пут, суд мора отворити другостепену усмену расправу и ријешити спор. У Републици Србији, другостепени суд може само једанпут укинути првостепену пресуду, а ако постоје услови за укидање пресуде по други пут, суд мора отворити расправу пред другостепеним судом. У парничној процедури Црне Горе, другостепени суд је дужан да закаже другостепену усмену расправу, ако је пресуда била два пута укидана.

5. ГРАНИЦЕ ИСПИТИВАЊА ПРВОСТЕПЕНЕ ПРЕСУДЕ И ОДЛУКЕ ДРУГОСТЕПЕНОГ СУДА

1. У будућим измјенама и допунама ЗПП, у фокусу пажње законодавца требало би свакако да буду и процесна правила која се тичу граница испитивања првостепене пресуде. Правила би требало редитиговати на начин да другостепени суд испитује првостепену пресуду у оном дијелу у којем се она побија жалбом, у границама разлога наведених у жалби, пазећи по службеној дужности на примјену норми материјалног права и на одређене (али ипак не све) битне процесне повреде поступка. Када су у питању процесне повреде поступка које су битне по самом закону, другостепени суд би, у складу са предложеним законским измјенама, требало да пази: да ли је одлучено о захтје-

ву који не спада у судску надлежност, на страначку способност и заступање, да ли је одлучено о захтјеву о којем већ тече парница или којег се тужилац одрекао или о којем је већ раније правноснажно пресуђено или о којем је већ закључено судско поравнање или поравнање које по посебним прописима има својство судског поравнања, да ли је одлучено о неблаговремено поднесеној тужби, а због тога је тужбу требало одбацити, и да ли је одлучено о захтјеву о којем је прије подношења тужбе требало спровести законом предвиђени поступак мирног или другачијег остваривања права, а због тога је тужбу требало одбацити. На тај начин, употпуниле би се одредбе о границама испитивања првостепене пресуде.

2. Таксативно набрајање процесних повреда у будућим измјенама и допунама ЗПП, захтијевало би измјене и код процесног института укидања првостепене пресуде на захтјев странке, тако што би другостепени суд укинуо првостепену пресуду: ако је противно одредбама парничне процедуре суд донио пресуду на основу признања или пресуду на основу одрицања или пресуду на основу пропуштања, ако којој странки незаконитим поступањем, а нарочито пропуштањем достављања, није дата могућност да расправља пред судом, а то је поступање било од утицаја на доношење законите и правилне пресуде, ако је суд донио пресуду без одржавања главне расправе, ако је пресуду донио судија који је по закону морао бити искључен или изузет, ако је противно одредбама ЗПП суд одбио захтјев странке да се у поступку служи својим језиком и писмом и да прати ток поступка на свом језику.

Ако другостепени суд утврди да је у поступку пред првостепеним судом одлучено о захтјеву који није у судској надлежности или о захтјеву по тужби која је поднијета након истека законом прописаног рока или ако прије подношења тужбе није спроведен законом предвиђени поступак мирног или другачијег остваривања права, а због тога је тужбу требало одбацити или о којем већ тече парница или о којем је већ раније правноснажно пресуђено или којег се тужилац одрекао или о којем је већ закључено судско поравнање или је противно одредбама ЗПП суд засновао своју одлуку на недопуштеним располагањима странака, укинуће првостепену пресуду и одбацити тужбу.

Ако другостепени суд утврди да је у првостепеном поступку као тужилац или тужени учествовало лице које не може бити странка у поступку, или ако странку која је правно лице није заступало овлашћено лице, или ако парнично неспособну странку није заступао законски заступник, или ако законски заступник, односно пуномоћник странке није имао потребна овлашћења за вођење парнице односно вршење појединих радњи у поступку, уколико вођење парнице одно-

сно вршење појединих радњи у поступку није било накнадно одобрено, с обзиром на природу повреде, укинуће првостепену пресуду и вратити предмет надлежном првостепеном суду или ће укинути првостепену пресуду и одбацити тужбу.

Када другостепени суд укине пресуду првостепеног суда и врати предмет истом суду на поновно суђење, може наредити да се нова главна расправа или припремно рочиште одржи пред другим судијом.

Овако измијењена правила која су садржана у одредби чл. 227 актуелног ЗПП РС, допринијела би лакшој и ефикаснијој примјени закона.

3. Правила која се односе на поступање првостепеног суда након укидања првостепене одлуке такође би требало новелирати. Постојећи чл. 228 ЗПП РС³⁰ треба допунити новим ставом 2, у којим би изричито било предвиђено да „на новој главној расправи странке могу да износе нове чињенице и предлажу нове доказе о истом захтјеву, само ако учине вјероватним да без своје кривице нису могле да их изнесу, односно предложе, односно ако подносилац жалбе није био странка или није имао положај странке (умјешач) до укидања пресуде, осим ако законом није другачије прописано”. А нови став 3 овог члана гласио би: „Странка нема право да на новој главној расправи преиначи тужбу, тако што ће да промијени истовјетност захтјева или да истакне други захтјев уз постојећи, а који не произлази из истог чињеничног стања.” На овај начин, избјегла би се могућност да суд у поновљеном првостепеном поступку одлучује о сасвим новом захтјеву.

4. Такође, нужно би било измијенити правила која се тичу поступања другостепеног суда у случају прекорачења тужбеног захтјева. Тако, у постојећа правила парничне процедуре требало би интерполирати нову одредбу, по којој ће другостепени суд рјешењем укинути пресуду првостепеног суда и предмет вратити на поновно суђење, ако утврди да је првостепеном пресудом прекорачен тужбени захтјев на начин да је одлучено о нечему другом а не о ономе што је тражено. Ако утврди да је првостепеном пресудом прекорачен тужбени захтјев на начин да је досуђено више од онога што је тражено, другостепени суд ће рјешењем укинути пресуду првостепеног суда у дијелу у којем је прекорачен тужбени захтјев.

³⁰ Садашњи члан 228 ЗПП РС гласи: „Првостепени суд је дужан, одмах по пријему рјешења другостепеног суда, да одреди припремно рочиште или рочиште за главну расправу, које ће се одржати најдоцније у року од 30 дана од дана пријема рјешења другостепеног суда, те да изведе све парничне радње и да расправи сва спорна питања на која је упозорио другостепени суд у свом рјешењу”.

6. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Најављене измјене и допуне одредаба закона које регулишу парнични поступак, идеална су прилика да законодавац интервенише у правцу постизања, не само економичности, већ и ефикасности парничног поступка с циљем доношења законите и правилне одлуке од стране првостепеног суда, при чему ће другостепени суд, у најбољем интересу странке, али и у јавном интересу, бити у могућности да без потешкоћа контролише њену законитост и правилност. Осим тога, најављене измјене и допуне одредаба које регулишу питање редовног правног лијека против пресуде због пропуштања треба да допринесу омогућавању брзе и ефикасне контроле првостепене пресуде, о чему је у овом раду било ријечи.

Правила о границама испитивања побијане првостепене пресуде, требало би редиговати на начин да другостепени суд испитује првостепену пресуду у оном дијелу у којем се она побија жалбом, у границама разлога наведених у жалби, пазећи по службеној дужности на примјену норми материјалног права и на одређене (али ипак не све) битне процесне повреде поступка.

Прихватање одредбе о ограничавању другостепеног судије у погледу могућности двоструког укидања побијане првостепене пресуде, у пракси би повећало одговорност и првостепеног и другостепеног суда, с циљем пружања странки ефикасне правне заштите.

Да ли ће законодавац препознати наведене циљеве новелирања поменутих законских одредаба, те у зависности од тога и прихватити предложене измјене и допуне ЗПП у РС и у ФБиХ велика је непознаница у овом моменту. Намјера Радне групе била је да се задржи досадашњи нормативни оквир и концепт парничног поступка, а да се само прецизира или на други начин дефинишу поједина правила, с циљем постизања његове ефикасности.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Библиографске референце

1. Бодирога, Никола, *Нови Закон о парничном поступку*, Београд 2012;
2. Галич, Алеш, „Санкције за неактивност странака у парничном поступку – упоредноправна разматрања са освртом на словеначко право“, *Правни живот* 12/2004;
3. Медих, Душко, „Осврт на Закон о парничном поступку“, *Правни живот* 12/2003;
4. Медих, Душко, „Реформа парничног поступка у БиХ“, *Годишњак Правног факултета у Бањој Луци* 29/2005;

5. *Процјена закона о парничном поступку у Босни и Херцеговини, новембар*, 2011;
6. Рачић, Ранка, „Жалбени поступак *de lege ferenda*“, *Зборник радова*, VII Савјетовање из области грађанског права, Јахорина, 17–20. октобар, 2012. године;
7. Рачић, Ранка, „Пресуда – нова процесна рјешења у парничној процедури Републике Српске“, *Зборник радова Функционисање правног система Републике Србије*, Ниш 2006;
8. Рачић, Ранка, „Пресуда због пропуштања“, *Правни живот* 12/2004;
9. Рачић, Ранка, „Укидање првостепене пресуде и враћање правне ствари на поновно одлучивање – поводом једне судске одлуке“, *Правна ријеч* 2011;
10. Трива, Синиша, „Есеј о отвореном правосуђењу“, *Годишњак Правног факултета у Сарајеву* 1974;
11. Fasching, Hans W., *Lehrnbuch des österreichischen Zivilprozeßrechts*, Wien 1990.

Правни прописи

1. Закон о парничном поступку пред Судом БиХ, *Службени гласник БиХ*, бр. 36/04 и 84/07;
2. Закон о парничном поступку, *Службене новине ФБиХ*, бр. 53/03, 73/05 и 19/06;
3. Закон о парничном поступку, *Службени гласник БДБиХ*, бр. 8/09 и 52/10;
4. Закон о парничном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 58/03, 85/03, 74/05, 63/07 и 49/09.

Professor Ranka Račić, LL.D.

Faculty of Law,
University of East Sarajevo

SOME DILEMMAS CONCERNING FUTURE REFORMS OF CIVIL PROCEEDINGS

Summary

Act on Civil Proceedings has been applied for nine years now in the entities of Bosnia and Herzegovina. That period is sufficient enough to assess and critically analyze the effects of public reform. Efficiency of civil proceedings was, apparently, one of the objectives of reforms of civil proceedings. However, legislator's constant demand for the excessive effici-

ency has rendered the providing of legal protection and its control in the process of appeal more difficult, sometimes even impossible.

This paper takes a critical view of certain solutions contained in acts on civil proceedings in both entities of Bosnia and Herzegovina with accent on particular procedural institutes which created serious dilemmas in practice as well as among scientific and professional community.

The paper also offers answers to some of the issues concerning the course which should be taken in amending particular statutory provisions.

Key words: *Default judgement; Review of the trial court decision; Trespassing against the proceedings; Appellate court decision.*